

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE

l'Autorisation Maritale et de Justice

dans les Actes Judiciaires

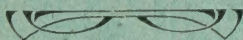
THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le MERCREDI 29 OCTOBRE 1913, à 3 heures

Par Ambroise ROBET

Président : M. PLANIOL, *professeur.*

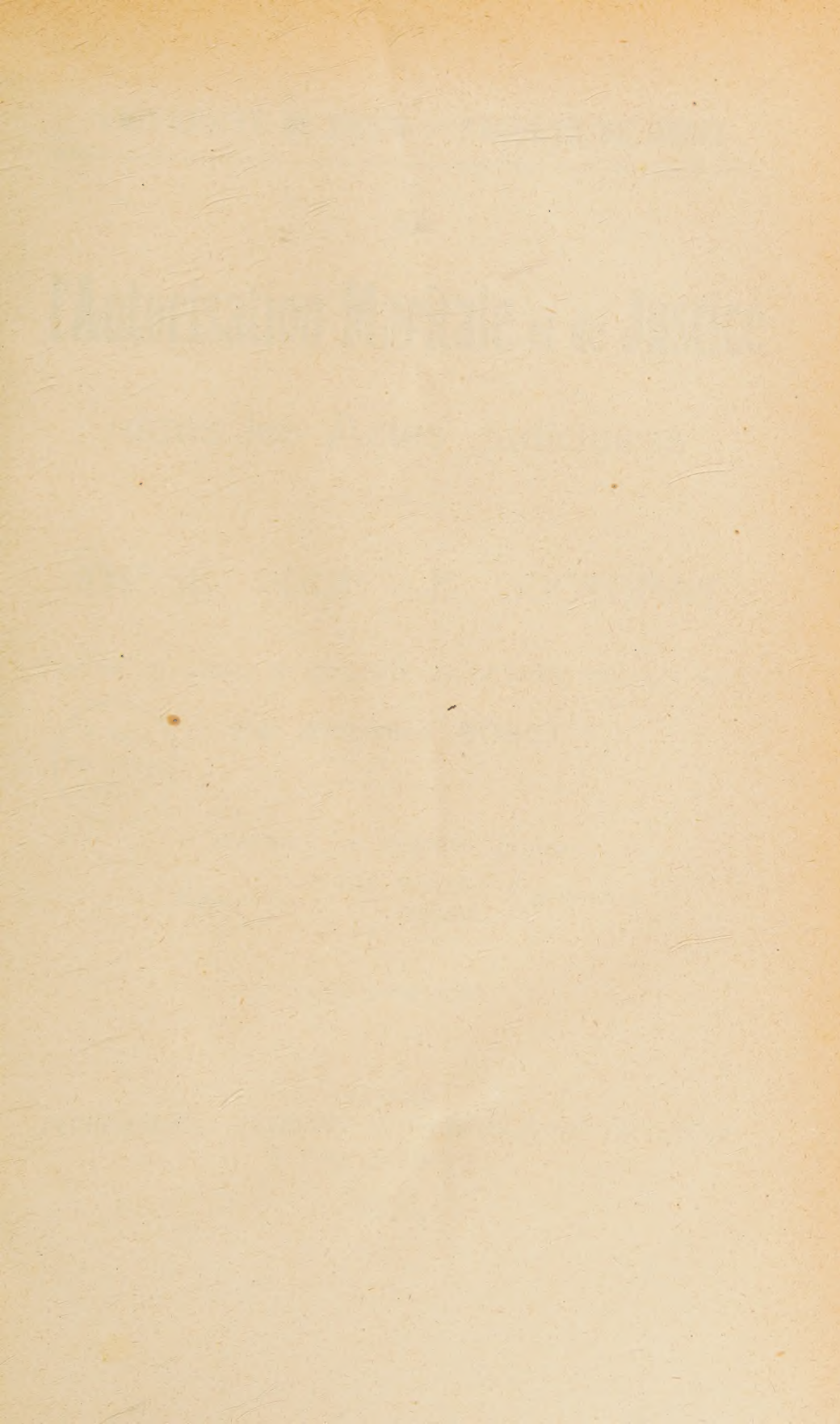
Suffragants : { MM. WEISS, } *professeurs.*
 TISSIER. }



NANTES

IMPRIMERIE C. MELLINET. — BIROCHÉ & DAUTAIS, SUC^{rs}
5, Place du Pilon, 5

1913





Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41552810_0078

UNIVERSITÉ DE PARIS — FACULTÉ DE DROIT

DE

l'Autorisation Maritale et de Justice

dans les Actes Judiciaires

THÈSE POUR LE DOCTORAT

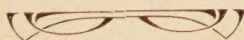
Présentée et soutenue le MERCREDI 29 OCTOBRE 1913, à 3 heures



Par Ambroise **ROBET**

Président : M. PLANIOL, *professeur.*

Suffragants : { MM. WEISS, } *professeurs.*
 TISSIER. }



NANTES

IMPRIMERIE C. MELLINET. — BIROCHÉ & DAUTAIS, SUC^{rs}
5, Place du Pilon, 5

1913

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

INTRODUCTION

Nous nous proposons d'étudier dans les pages qui vont suivre les formes, caractères et effets juridiques de l'autorisation ou du défaut d'autorisation du mari en ce qui concerne les actes judiciaires accomplis par la femme.

Mais avant d'aborder notre sujet, il nous paraît indispensable de rappeler en quelques mots quelle est la situation de la femme mariée dans notre droit actuel. Bien qu'il y ait eu à cet égard une extension considérable de la capacité de certaines femmes mariées, résultant notamment de la loi du 13 juillet 1907, il n'en est pas moins vrai que la femme mariée en général reste aujourd'hui ce qu'elle était sous l'empire du Code civil, une incapable.

Une des divisions les plus importantes de notre droit est celle qui distingue les personnes en deux classes, les capables et les incapables. La capacité est la règle, et l'incapacité l'exception. Seuls seront considérés comme incapables ceux qu'une disposition expresse de la loi aura déclarés tels. Encore faut-il distinguer dans l'incapacité deux catégories, l'incapacité de jouissance qui s'oppose à la possibilité même d'acquérir des droits, et dont le type le plus parfait est l'ancienne mort civile, et l'incapacité d'exercice qui ne vise

que la faculté d'exercer par soi-même les droits que l'on peut acquérir et dont on conserve la jouissance. C'est dans cette deuxième catégorie qu'il faut faire entrer la femme mariée, comme aussi le mineur non émancipé, le mineur émancipé, l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, l'interdit judiciaire ou celui qui est placé dans un établissement d'aliénés en vertu de la loi du 30 juillet 1838. Et de même que la loi a placé auprès du mineur non émancipé et de l'interdit un protecteur qui est leur père ou leur mère, auprès du mineur émancipé, un curateur, auprès du prodigue, un conseil judiciaire, auprès de la personne placée dans un établissement d'aliénés, un administrateur, elle choisit pour la femme, comme défenseur naturel de ses intérêts, son mari. Seulement comme celui-ci, par suite des circonstances, peut se trouver dans l'impossibilité de donner lui-même son consentement, ou qu'il peut le refuser par parti pris, elle a permis à la femme de le suppléer par la justice ou d'attaquer devant elle ses décisions.

Au surplus, il importe au début même de cette étude de faire deux remarques qui présentent un intérêt capital.

En premier lieu, sous tous les régimes matrimoniaux, il est un certain nombre d'actes pour lesquels la femme, incapable en principe, jouit d'une pleine capacité et n'a besoin pour les accomplir ni de l'autorisation de son mari, ni de celle de la justice. Nous nous bornerons à citer les actes qui découlent d'une idée de puissance, comme le consentement à mariage de ses enfants, la reconnaissance d'enfant naturel; ou d'une prérogative attachée à la personne, comme la faculté de tester, de révoquer son testament ou une donation faite au mari en cours du mariage.

En second lieu l'incapacité de la femme sera plus ou moins étendue selon que les époux auront adopté tel ou tel régime matrimonial. C'est sous le type de la séparation de biens que la femme conservera le plus de pouvoirs et en sens inverse, c'est sous le régime de la communauté et sous le régime dotal, tout au moins pour ce qui concerne les biens dotaux qu'elle verra sa capacité la plus restreinte.

Etant donné l'existence de cette incapacité, demandons-nous quel est son fondement. Sur cette question les opinions les plus diverses ont été émises ; il en est une qui doit être écartée de prime abord. C'est celle qui donne pour base à l'incapacité de la femme mariée, ce que les Romains appelaient la *fragilitas sexus*. La simple réflexion suffit à démontrer la fausseté de cette manière de voir. La preuve la plus certaine que la femme n'est pas incapable à raison de la faiblesse de son intelligence ou de son peu d'aptitude aux affaires, est que la fille majeure ou la veuve jouissent dans la vie civile, d'une capacité tout aussi pleine et tout aussi entière que celle qui est accordée à l'homme. Cette conception de protection de la faiblesse, qui s'était traduite dans les premiers temps du droit romain par la mise en tutelle perpétuelle des femmes, tutelle qui n'avait pas d'ailleurs tardé à tomber en désuétude vers la fin de la République, explique dans notre droit l'incapacité qui frappe le mineur. Mais elle n'est certainement pas, en ce qui concerne l'incapacité de la femme mariée, celle de notre législateur moderne, bien qu'il semble que celui-ci l'ait prise en considération pour certaines de ses solutions. Il faut donc chercher ailleurs son fondement.

Pothier (1) la faisait découler uniquement de la puissance maritale. Cette opinion qui est aussi celle de Toullier (2) et de Delvincourt (3), s'appuie sur l'article 213 du code civil qui accorde au mari la prééminence et la direction dans la société conjugale. Cet article entraîne comme conséquence l'interdiction pour la femme de faire n'importe quel acte de nature à augmenter ou diminuer son patrimoine sans le consentement du mari. L'incapacité de la femme résulterait donc d'une idée de dépendance de la femme vis-à-vis de son mari, et c'était bien la conception du président Bouhier lorsqu'il exprimait ainsi dans ses *Observations sur la coutume de Bourgogne* (4). « Les bonnes mœurs et l'honnêteté publique ne permettent pas à la femme d'avoir communication d'affaires avec autrui sans le vu et le congé de son mari pour éviter suspicion ».

Le seul argument juridique sur lequel s'appuie cette opinion est l'existence dans notre code du régime dotal. Ce régime qui a été spécialement institué pour protéger les intérêts collectifs de la famille et l'intérêt individuel de la femme, est un régime d'exception. Il est exceptionnel dans ce sens que le mari ne peut relever la femme de son incapacité dotale ; dans tous les autres régimes la situation est différente, et une fois que le mari a donné son autorisation, la femme devient pleinement capable et peut librement disposer de son patrimoine. N'est-ce pas, dit-on, la

(1) Pothier (De la puissance du mari, n° 3).

(2) Toullier, II, n° 615.

(3) Delvincourt, I, p. 75, n° 11.

(4) Chapitre IX.

preuve manifeste que c'est dans l'intérêt de la puissance maritale que cette incapacité a été établie ?

Il est aisé, semble-t-il, par l'étude même du code civil, de repousser l'opinion que nous venons d'exposer. Si celle-ci était vraie, il faudrait décider que chaque fois que le mari se trouve déchu de l'autorité maritale par une disposition légale ou dans l'impossibilité de l'exercer par suite de certaines circonstances de fait, la femme serait aussi capable de contracter et de plaider que si elle n'était pas mariée. Or, c'est précisément ce que le législateur de 1804 ne veut pas. Le principe qu'il proclame et qui ressort clairement des textes est que dans ces différentes hypothèses, la femme ne va pas recouvrer sa capacité, mais qu'il lui faudra suppléer, par l'intervention de la justice, à l'autorisation du mari qui ne peut se manifester. Il nous suffira de citer l'article 221 qui déclare que lorsque le mari est indigne, frappé d'une peine afflictive ou infamante, la femme doit se faire autoriser par la justice pour ester en justice ou contracter ; l'article 222 qui, visant l'hypothèse où il est interdit, l'article 224 qui, le supposant mineur, adoptent la même solution.

Sans doute le législateur peut se préoccuper de l'autorité du mari et la considérer comme étant l'un des fondements de l'autorisation, mais il est bien certain qu'il n'a pu y voir l'unique base de cette institution.

Une troisième opinion qui paraît au premier abord plus séduisante consiste à prétendre que le législateur a eu en vue outre l'intérêt du mari, l'intérêt personnel de la femme.

Cette opinion qui a pour elle l'autorité de Le-

brun (1), de Marcadé (2) et de Proudhon (3), se fonde sur le principe proclamé par l'article 213 que « le mari doit protection à sa femme et la femme obéissance à son mari ». Le principe entraîne comme corollaire l'incapacité pour la femme d'ester en justice ou de contracter sans le consentement de son mari, incapacité édictée par les articles 215 et 217.

On peut également invoquer à l'appui de cette opinion, les articles 224 et 225. Le premier de ces articles déclare que dans le cas de minorité du mari, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme pour ester en justice et pour contracter. Comment expliquer que l'autorisation que donnerait à sa femme un mari mineur ne serait pas suffisante si l'on ne fait intervenir l'intérêt de la femme ? Et n'est-ce pas ce même intérêt qui justifie le droit accordé à la femme par l'article 225 de demander la nullité des actes faits par elle sans l'autorisation nécessaire ? La femme a besoin d'être protégée non pas à raison de la faiblesse de son sexe, ou de son défaut d'intelligence, mais par suite de son inexpérience des affaires. Son protecteur naturel est son mari, et ce ne sera que lorsque celui-ci, par suite d'une impossibilité physique ou légale, ne pourra remplir son rôle, qu'elle devra chercher un autre protecteur qui sera la justice. Mais, et c'est bien là la preuve que le législateur s'est préoccupé avant tout en cette matière de l'intérêt de la femme, la justice devra encore intervenir dans une autre hypothèse,

(1) Lebrun, livre II, chap. I, sect. 1^{re} 1, *Traité de la communauté*.

(2) Sur l'article 224.

(3) I, p. 454.

celle où le mari refusera injustement son autorisation qui lui est demandée.

On a reproché à cette opinion de ne pas expliquer toutes les solutions du code en notre matière et, d'accorder une part trop grande à l'intérêt personnel de la femme. Aussi une quatrième opinion est-elle venue donner pour principe à l'autorisation, outre la puissance maritale, le soin des intérêts matrimoniaux dont le mari est constitué le gardien. Cette opinion qui a comme défenseurs des jurisconsultes de la plus haute valeur comme Demolombe, Zacharie, Aubry et Rau (1), part d'une idée très haute et très noble à savoir que le mari a le devoir et l'obligation de veiller aux intérêts se rattachant au mariage. Voici comment s'exprime à ce sujet Demolombe : « La conservation des biens de la femme importe à toute la famille, à la femme, aux enfants et au mari lui-même. Or, c'est le mari, chef du ménage, qui a été constitué le représentant de cet intérêt collectif, et l'autorisation est le moyen de surveillance et de garantie que la loi a remis à cet effet, dans ses mains. Ce n'est pas seulement un droit pour lui, c'est aussi un devoir; il ne s'agit pas du seul intérêt du mari, mais de l'intérêt du mariage. »

C'est donc par l'idée de la protection des intérêts matrimoniaux que l'on explique les solutions des articles 224 et 225 que nous venons de rappeler et que d'autres auteurs justifient exclusivement par l'intérêt personnel de la femme.

A notre humble avis, aucune de ces opinions ne peut justifier seule les nombreuses dispositions de la loi, en ce qui

(1) Demolombe, iv, p. 135-136. Zacharie, tome III, p. 323-324. Aubry et Rau, tome iv, p. 123.

concerne l'autorisation maritale ou de justice et c'est dans leur combinaison qu'il faut chercher la vérité. Le législateur; lorsqu'il a édicté l'incapacité de la femme ne s'est pas laissé guider uniquement par des considérations traditionnelles sur lesquelles nous aurons l'occasion de revenir, mais aussi par les idées de faiblesse relative de la femme, de la puissance maritale, d'intérêts personnels de la femme, d'intérêts collectifs de la société conjugale. L'idée de faiblesse de la femme nous la trouvons dans ce fait que la femme peut exciper elle-même de son incapacité. C'est à la puissance maritale qu'il faut rattacher la nécessité de l'autorisation et c'est par l'intérêt personnel de la femme que se justifie la possibilité, pour cette dernière, d'en appeler à la justice du refus injustifié du mari. Enfin l'intérêt des biens matrimoniaux explique que la loi n'en confie pas la direction au mari mineur.

Nous nous proposons, dans les quelques pages qui vont suivre, d'étudier les formes, caractères et effets juridiques pour la femme mariée, de l'autorisation ou du refus d'autorisation d'ester en justice.

A cet effet, il nous paraît indispensable de consacrer quelques développements à l'historique de la capacité d'ester en justice de la femme mariée. Ce sera l'objet de notre premier chapitre.

Dans le deuxième chapitre, nous analyserons les articles 215 et suivants du code civil ainsi que leurs diverses applications, et nous chercherons à dégager le caractère de ces textes. Dans ce même chapitre, nous étudierons, les formes de l'autorisation maritale différentes selon la nature des instances engagées.

Un chapitre troisième sera réservé aux cas dans lesquels peut ou doit intervenir l'autorisation de justice, et aux formes de cette autorisation.

Enfin, dans un chapitre quatrième, nous examinerons quelques-unes des difficultés auxquelles peut donner lieu notre question sous les divers régimes matrimoniaux, et en particulier sous le régime de la communauté et sous le régime dotal.

Deux appendices seront consacrés, l'un à la femme commerçante, l'autre à la femme possédant des biens réservés, tels qu'ils sont définis dans la loi du 13 juillet 1907.

CHAPITRE I^{er}

ÉVOLUTION HISTORIQUE DE L'AUTORISATION MARITALE

SECTION I

L'autorisation maritale du XIII^e siècle au XV^e siècle

C'est au XIII^e siècle que nous pouvons commencer à étudier l'autorisation maritale. A cette époque, en effet, elle nous apparaît définitivement constituée et contient en germe le système qui, après de nombreuses modifications, deviendra celui du code civil.

Le jurisconsulte qui doit nous servir surtout de guide dans cette étude sommaire est Philippe de Beaumanoir dans ses *coutumes de Beauvoisis*.

Philippe de Beaumanoir, qui était bailli de Clermont en Beauvoisis à l'époque où il rédigea son ouvrage, ne s'est pas borné à retracer les règles en vigueur dans la région où il exerçait ses fonctions, mais a cherché d'une façon manifeste à dégager de cette étude des considérations générales sur le droit coutumier. Or, de l'ensemble des documents que nous possédons sur cette époque, la conclusion

que nous pouvons tirer est que, si par comparaison avec le Droit romain, la situation juridique de la femme mariée ou non, s'est sensiblement relevée, grâce à l'influence du christianisme et de la féodalité, dans ce sens qu'elle possède des droits civils aussi étendus que l'homme, qu'elle peut, comme lui, devenir titulaire d'un domaine féodal et jouir de tous les privilèges attachés à cette qualité, que son témoignage est reçu dans la plupart des coutumes, soit au civil, soit au criminel, il n'en est pas moins vrai que la femme, lorsqu'elle est mariée, se trouve placée sous la puissance du mari, tombe dans sa *mainbournie*.

L'effet du mariage aura été de créer entre les époux une société, une *compagnie*, pour employer l'expression souvent usitée à cette époque.

A cette *compagnie* il faut un chef; ce chef sera naturellement le mari. La femme sera sa subordonnée et il en résultera pour elle des conséquences très dures. Mais cela n'empêche qu'étant associée, elle bénéficiera, au point de vue de la gestion de ses intérêts communs, de véritables droits qui s'affermiront de plus en plus au cours des siècles.

Et tout d'abord, cette idée d'association, si elle entraîne, pour la femme, l'interdiction d'empiéter sur les droits réservés à son mari comme chef de la communauté, aura pour premier résultat de modifier le fondement même de l'autorisation maritale. La femme ne sera plus incapable à raison de son sexe et de son inexpérience, mais parce qu'il est nécessaire que, dans son intérêt même et pour le bien de la communauté, elle consulte son mari avant d'agir : l'autorisation maritale apparaît dès lors comme une mesure

de protection pour elle. La preuve la plus certaine que cette incapacité n'a nullement le caractère de défiance vis-à-vis du sexe qu'elle avait en droit romain, où la femme était placée en tutelle perpétuelle, c'est que cette femme, qui ne peut faire seule aucun acte de la vie juridique tant qu'elle n'est pas autorisée par son mari, devient pleinement capable de les accomplir dès qu'elle a obtenu cette autorisation. Elle est alors aussi pleinement capable que si elle n'était pas mariée. La preuve encore qu'on doit chercher, dans cette idée d'association, le fondement de l'incapacité de la femme, c'est que si le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, si par exemple, il est fou, malade ou absent, ce sera la femme qui prendra dans la maison le premier rang et le remplacera dans la famille et à l'égard des tiers (1).

Sans nous arrêter à examiner les divers cas d'incapacité de la femme mariée, arrivons immédiatement au point qui nous occupe plus spécialement, aux actions en justice.

Il faut à la femme, dans tous les cas, l'autorisation de son mari « que ce soit, dit Beaumanoir, de l'actorité de » son baron, se ele a baron ». Et non seulement cette autorisation est nécessaire, mais elle ne pourra pas y suppléer comme cela était possible dans certains cas par l'autorisation de la justice. Nous possédons, à ce sujet, un texte

(1) Beaumanoir est absolument formel à cet égard. Il en est ainsi, nous dit-il, « si li barons est fou ou hors de sens... si li barons est en » estranges terres, fuites ou banis, ou emprisonnés ». Chapitre XLIII, n° 28.

de Beaumanoir qui est très net (1). L'hypothèse que vise ce texte est la suivante : Une femme veut plaider pour un de ses héritages, mais son mari refuse de lui donner son autorisation et Beaumanoir nous fait connaître qu'il lui sera loisible, aussitôt après la mort de son mari, d'intenter son action sans que le temps écoulé durant le mariage puisse lui nuire. Pourquoi ne le pourrait-elle pas avant ? Beaumanoir nous le dit : « Car elle n'avait » pooir de demander le coze puisque ses maris ne » le voloit. » C'était donc que dans cette hypothèse aucune volonté ne pouvait suppléer celle du mari (2).

Telle était la règle. Toutefois, il est incontestable que, dans certains cas la femme n'avait pas besoin de l'autorisation maritale pour aller en justice. Il en était d'abord ainsi, lorsqu'elle était marchande publique ; c'est là une règle générale que nous trouvons dans toutes les coutumes, qui a traversé les siècles parce qu'elle repose à la fois sur la raison et sur les nécessités de la pratique et qui a été formellement consacrée par notre code civil et par notre code de commerce.

De même en cas d'injures ou de délits qu'elle aurait personnellement soufferts ; les *Etablissements de Saint-Louis* sont formels à cet égard : « ... Si elle se plaignait qu'on » l'eût battue, maltraitée ou injuriée en quelque manière

(1) Beaumanoir, chap. XLV, n° 17.

(2) « Major est ratio, disait de même Tiraqueau ; (*de legibus connub.* Gloss, 5, n° 112) ut mulieres non intersint judiciis sine maritis, quam ut non contrahant sine illis. Ipsa enim natura et pudor ac verecundia sexus feminis non permittit fora et judicia frequentare. »

que ce fût, elle aurait voix en justice sans l'autorisation de son mari. » (1).

De même les décisions de Jean Desmares disent que « elle peut être appelée sans son mari, et ainsi en cas d'injures et délits (2) ».

De même aussi, la très ancienne coutume de Bretagne « ... mais qui lui aurait dit injures ou l'aurait battue, elle en aurait responce sans son seigneur (3) ».

Peut-être aussi la femme mariée pouvait-elle sans l'autorisation de son mari, intenter une action tendant au paiement d'un salaire gagné par son propre travail ; mais ce fait bien qu'attesté par une décision de Jean Desmares paraît très sujet à caution. Peut-être enfin avait-elle une capacité plus grande devant les Cours ecclésiastiques. On pourrait l'induire par argument *a contrario* d'un texte des établissements de Saint-Louis décidant que nulle femme sans autorisation n'a voix en cour laïc (4) et aussi de l'opinion de Jean Faber. Toutefois il faut observer que Dumoulin, généralement si bien renseigné, n'hésite pas sur ce point à démentir nettement Jean Faber : « *nec in civili nec in ecclesiastico foro quamvis Jo. Faber dixerit contrarium.* »

Il n'en est pas moins vrai qu'à part ces exceptions dont quelques-unes sont contestées, la femme mariée se trouvait dans une situation assez dure. Elle n'avait aucun moyen de se soustraire à la puissance de son mari, si ce n'est de

(1) Etablissements de Saint-Louis, chap. 147.

(2) Décisions de Jean Desmares, LXXVI.

(3) Très ancienne coutume de Bretagne, édit. Planiol, pag. 508 à 535.

(4) Etablissements de Saint-Louis, chap. 147.

solliciter la séparation de corps ; mais celle-ci ne s'obtenait que très difficilement. Aussi lorsque son mari lui refusait son autorisation pour les actes qui étaient pour elle d'une utilité incontestable, et notamment pour des actions en justice, elle ne pouvait exercer aucun recours contre sa décision et devait s'incliner devant sa toute puissance.

Le progrès consistera à lui permettre d'en appeler à la justice dans le cas de refus injustifié du mari et, sous certaines conditions, de demander la séparation de biens. Ces deux réformes s'introduisirent dans notre droit peu de temps après Beaumanoir.

Il est hors de doute que l'autorisation de justice au refus du mari était inconnue à la fin du ^{xiii}e siècle. De même tout au moins dans le plus grand nombre de coutumes, elle était encore inconnue au milieu du ^{xiv}e siècle.

De ceci nous avons une preuve très certaine à propos de la très ancienne coutume de Bretagne qui date, d'après M. Planiol, de 1320 à 1350. Cette coutume dans son numéro 205 *in fine* (édition Planiol), déclare qu'il est impossible à la femme d'en appeler de la décision de son mari : « Ainsi que el est tenue à requerre son seigneur ne li donner auctorité, ou cas que son seigneur ne s'en voudroit eutremetre ne rien en pourssiendre et, suffirait le requerre sans auctorité. (1) »

Nous voyons apparaître pour la première fois cette autorisation à la fin du ^{xv}e siècle dans Bouteiller où elle est consacrée formellement (2). Elle est alors considérée comme

(1) *Très ancienne coutume de Bretagne*, n° 205 *in fine* (Ed. Planiol).

(2) Ce texte de Bouteiller se trouve dans sa *Somme rurale*, livre I,

un recours exceptionnel, admis seulement pour les actes judiciaires et en cas de refus du mari, la femme devait s'adresser au prince et obtenir de lui des « Lettres royaux », l'autorisant à agir malgré son mari.

C'était donc uniquement lorsqu'il s'agissait de procès que l'autorité supérieure pouvait intervenir, et cela restreignait d'une façon considérable la portée de la réforme, puisqu'elle laissait pour tous les actes extra-judiciaires la femme à la discrétion de son mari. Cette restriction aux seuls actes judiciaires, nous la voyons se maintenir très longtemps, puisque c'est encore la solution que consacre la coutume de Troyes rédigée en 1509 (1). Les auteurs eux-mêmes ne proposent que timidement l'extension de cette réforme aux actes extra-judiciaires. C'est ainsi que Coquille dit dans ses *Œuvres* : « Pour contracter et s'obliger je croy que la justice ne la doit autoriser, sinon après avoir ouï le mary et si la disposition qu'elle veut faire lui est nécessaire ou utile et honnête (2). Quant à Davot dans son *Commentaire de Loysel* il se borne à constater : « Que ce n'est que dans le cas d'un procès et pour ester en jugement que l'auteur a dit que la femme serait autorisée par justice au refus du mari, elle ne

tome ix, édition de 1621, p. 59. *Item* n'est à reevoir femme étant en lien de mariage si ainsi n'était qu'elle fut autorisée de son mari ou de son prince nonobstant son mary et de ce eut lettre et entérinement de juge compétent parties appelées sur ce, etc.

(1) *Coutume de Troyes de 1509*, art. 80 : « La femme mariée est en la puissance de son mary, supposé qu'elle ait père ou aieul paternel en telle manière qu'elle ne peut faire contrat entre vifs ni ester en jugement sans l'autorisation de son dit mary ou de justice quant aux actes judiciaires. »

(2) *Œuvres*, Institution au Droit français, p. 62.

le pourrait être ni pour contracter malgré son mari, ni pour donner entre-vifs. »

Quelle est la raison d'être de cette distinction entre les actes extra-judiciaires et les actes judiciaires ? Pourquoi l'autorisation de justice peut-elle remplacer l'autorisation maritale à l'occasion d'un procès et non à l'occasion d'un contrat.

Il semble qu'il faille en chercher l'explication dans ce fait que lorsque la justice autorisait la femme à plaider, elle pouvait en quelque sorte exercer sur elle sa surveillance pendant toute la durée de l'acte à accomplir, tandis que ce contrôle était impossible pour les contrats qui s'exécutaient d'une façon beaucoup plus rapide.

Quelles formes devaient être employées pour obtenir l'autorisation judiciaire ? A l'époque que nous étudions et il sera ainsi jusqu'au ^{xv}^e siècle, il était nécessaire pour la femme d'avoir des *Lettres royaux* émanant du prince, de sorte que l'on peut dire que l'autorité souveraine intervenait elle-même pour permettre à la femme d'agir contre la volonté de son mari.

Il ne pouvait d'ailleurs être statué qu'en connaissance de cause, et comme nous le dit Bouteiller dans sa *Somme rurale* « les parties appelées », le mari faisant connaître les motifs de son refus, et la femme développant les raisons pour lesquelles elle a intérêt à agir. Il va de soi que lorsque la femme n'obtenait pas les lettres qu'elle sollicitait, l'accès des tribunaux lui était refusé.

Une nouvelle réforme allait être réalisée dans le courant même du ^{xiv}^e siècle. La justice n'interviendra pas seulement pour octroyer à la femme une autorisation que le mari lui refuse à tort, mais aussi, lorsqu'il sera absent ou dément.

C'est ce qu'atteste le *Grand Coutumier* dans le passage suivant : « Item nota que femme mariée ne peut estre en jugement sans autorité de son mary, mais si le mary est absent pour longtemps, le juge en la faveur de la femme, la peut bien autoriser supplendo. »

Nous savons que jusqu'alors, dans le cas d'absence ou de démenche du mari, la femme pouvait agir seule. Comment expliquer la transformation qui s'accomplit à cette époque au préjudice de l'autorité maritale ? Pas autrement, semble-t-il, que par l'influence du droit romain. Nous sommes à une époque de renaissance du droit romain et ce sont les idées romaines sur l'incapacité de la femme qui prennent le dessus. La femme est considérée comme un être inférieur à l'homme en intelligence, comme une incapable, ayant besoin comme toutes les incapables d'une protection. Son protecteur naturel est son mari, mais lorsqu'il est absent ou dans l'impossibilité d'agir c'est la justice qui va le suppléer et il en sera bientôt ainsi pour d'autres événements comme l'interdiction, la minorité, la condamnation du mari. L'autorisation supplétive ne s'appliquera pas, d'ailleurs, seulement aux actes judiciaires, mais aussi aux actes extra-judiciaires (1).

(1) Dans le cas d'absence, les juges avaient l'habitude d'ordonner une enquête et d'exiger une absence prolongée de manière à ne pas porter atteinte trop facilement aux droits du mari.

Le cas de minorité donna lieu à des difficultés. La nécessité de l'autorisation supplétive de la justice n'apparaît ici qu'assez tard et lorsqu'on considéra l'autorisation comme ne dérivant pas seulement de la puissance maritale mais du désir de protéger la femme. Cependant beaucoup d'auteurs n'en continuèrent pas moins à considérer la femme comme toujours

Une autre institution qui apparaît à peu près à la même époque, exercera une influence sensible sur la capacité de la femme ; nous voulons parler de la séparation de biens. Nous n'avons pas à nous étendre sur l'histoire si intéressante de cette institution et les nombreuses controverses auxquelles son origine a donné lieu. Il nous suffira de mentionner que dans l'opinion générale, ce n'est pas avant la fin du ^{xiv}^e siècle que la séparation de biens a apparu en France. En quoi va-t-elle modifier les règles que nous venons d'étudier sur l'autorisation maritale ?

A cet égard, les solutions ont beaucoup varié au cours des siècles, mais au ^{xiv}^e siècle, il n'est pas douteux que la femme séparée de biens ne fût complètement déliée de l'autorisation maritale (1). Ce système, qui n'était pas sans inconvénients et qui était destiné à subir de nombreuses atteintes, pouvait s'expliquer par le lien intime existant entre la communauté et l'autorisation maritale. Du moment que le mari était le chef de cette société de biens qu'on appelle la « communauté », il paraissait logique aux jurisconsultes que le jour où cette communauté se trouverait dissoute chaque époux recouvrât son indépendance pour la gestion et la disposition de son patrimoine, sans qu'il fût nécessaire que l'autorisation de justice vînt remplacer pour

valablement autorisée par son mari. C'était notamment l'opinion de Loyseau : « Un mari mineur peut autoriser sa femme majeure sans qu'elle puisse s'en faire relever mais bien lui *Institutes coutumières*, livre I, tome II, n^o XXIII ».

(1) Voir notamment la coutume de Montargis. (Commentaire de L. Hoste, chap. VIII, art. 6, et coutume d'Orléans avant sa révision, citée par Pothier).

la femme l'autorisation maritale. La femme séparée de biens était donc placée dans la même situation qu'aujourd'hui la femme séparée de corps. En ce qui concerne les actes judiciaires qui nous occupent plus spécialement, elle pouvait donc ester librement en justice, sans avoir besoin de l'autorisation supplétive que nous venons d'étudier.

SECTION II

L'autorisation maritale après le XV^e siècle

Sous l'influence grandissante du droit romain, la condition juridique de la femme mariée va subir à partir du xv^e siècle de profondes modifications. De plus en plus la femme sera considérée comme un être inférieur, incapable de se mêler aux actes de la vie publique, et de plus en plus l'autorisation maritale se rapprochera de la tutelle des mineurs. Le même dédain du sexe féminin se constate d'ailleurs chez les canonistes qui proclament à chaque page dans leurs écrits l'infériorité morale de la femme.

Ces idées nouvelles auront leur répercussion sur le fondement juridique que l'on cherchera à donner à l'autorisation maritale, mais ici les jurisconsultes seront partagés dans leurs opinions ; tandis que certains, comme Guy Coquille, fidèles à la doctrine de Beaumanoir, rattachent la nécessité de l'autorisation maritale à l'idée de dépendance de l'épouse vis-à-vis de son mari (1),

(1) Guy Coquille. Questions et réponses ; Questions 100, et Coutume du Nivernais, ch. 23, art. 1.

d'autres y voient une mesure de protection pour la femme, à raison de sa faiblesse. Cette dernière doctrine eut pour principal défenseur Tiraqueau qui cite à l'appui de sa thèse des arguments tirés du droit romain, et aussi certains passages empruntés à Platon, à Aristote, aux Pères de de l'Eglise, et d'ailleurs, tout à fait étrangers à la question. Elle eut beaucoup de succès. Dumoulin, Lebrun, Bourjon, l'acceptent, au moins partiellement, tout en cherchant à combiner l'intérêt de la femme et celui du mari. Pourtant ce ne devait pas être cette théorie qui devait finalement l'emporter, mais bien une autre d'après laquelle l'autorisation maritale a le caractère d'une disposition d'ordre public intéressant la société tout entière.

C'est à cette conception que se rallient ouvertement au XVIII^e siècle Bouhier et Dunod. Bouhier estime que les motifs de l'autorisation maritale sont « fondés sur ces causes toutes publiques et sur l'un des plus importants intérêts de la société » (1). Quant à Dunod, il la base sur la loi divine et la raison naturelle, et aussi sur « la pudeur du sexe et la bienséance convenable à l'état d'une femme mariée » (2).

Pothier est fidèle à l'ancienne idée de puissance du mari et il en fait découler le devoir de soumission de la femme.

Beaucoup plus intéressante est l'étude des applications à cette époque de l'autorisation maritale. Nous n'en présenterons qu'un rapide tableau.

(1) Bouhier. Ch. XIX, p. 340 et suiv.

(2) Dunod. Observations sur la coutume de Bourgogne, gens mariés, ch. 1.

La règle que nous retrouvons dans toutes les coutumes est que l'autorisation du mari est exigée en principe dans tous les actes extra-judiciaires et judiciaires. Elle est formulée par la Coutume de Paris dans les articles 223 et 24.

Nous ne nous arrêterons pas à discuter si la femme pour tester doit être autorisée de son mari, comme le prétendaient certains jurisconsultes, ou si, comme d'autres le soutenaient, elle jouit de son entière capacité.

1^o La première exception et la plus importante, que nous rencontrerons et que nous avons déjà signalée dans la période antérieure où nous l'avons vu consacrer par Beaumanoir, avait trait à la femme mariée commerçante. Elle était dispensée quant aux actes de son commerce du consentement de son mari, celui-ci étant censé, lorsqu'il lui avait permis de faire le commerce, l'avoir autorisée à conclure seule les contrats rentrant dans l'exercice de sa profession. Dans l'opinion générale, pour que la femme pût bénéficier de cette situation spéciale, il fallait qu'elle fit un commerce séparé de son mari (1) mais cela ne paraît pas avoir été la conception primitive.

Mais cette femme autorisée à faire le commerce et jouissant, par suite, d'une capacité élargie, pouvait-elle ester en justice pour les actes de son commerce sans une autorisation spéciale de son mari ? Nous savons que notre code civil se prononce dans le sens de la négative (art. 225). C'était également l'opinion des principaux jurisconsultes de notre ancien droit. Tiraqueau est très formel dans ce

(1) Dans ce sens, Coutume de Paris, art. 235.

sens : « *Ut mulieres non intersint judiciis sine maritis, major est ratio, quam ut non contrahant sine illis. Ipsa enim natura et pudor ac verecundia sexus fœminis non permittit fora ac judicia frequentare* » (1).

Au XVIII^e siècle, la question ne paraît plus guère discutée, et il n'y a qu'un très petit nombre de coutumes, parmi lesquelles la coutume de Mantes, qui reconnaissent un tel droit à la femme. Pothier le lui refuse (2).

2^o La deuxième exception est celle où la femme contracte pour les besoins du ménage. Comme de nos jours et pour les mêmes raisons pratiques l'intervention maritale n'était pas exigée. On considérait la femme comme agissant comme mandataire du mari, et il en résultait cette conséquence, qu'elle engageait son mari et la communauté sans s'engager elle-même. La conception avait été différente dans le très ancien droit. La femme était regardée, dans ce cas, comme l'associée du mari, et s'obligeait elle-même en même temps que la communauté et son mari.

3^o D'après certains auteurs, une troisième exception existerait à notre règle dans *les contrats utiles*. On appelait ainsi les contrats qui étaient favorables à la femme, et on disait que, dans ce cas, ces contrats, bien que passés sans l'autorisation du mari, devaient être maintenus.

Les auteurs qui soutenaient cette théorie étaient ceux qui donnaient comme base à l'autorisation maritale la nécessité de protéger la femme, et assimilaient sa situation

(1) Tiraqueau. *Leges connubiales*, glose 5, n^o 212.

(2) Pothier. *Sect. m*, § 3.

à celle du pupille dans le droit romain qui pouvait bien rendre sa condition meilleure, mais non pire. Par exemple la femme aurait pu accepter une donation seule Chassaneus (1), Lebrun (2), Bourjon (3), Dumoulin (4), ces deux derniers avec certaines restrictions, étaient partisans de cette manière de voir.

4° De même dans le cas de délits, la femme s'oblige, sans l'autorisation de son mari sur la nue-propiété de ses propres. Une semblable solution doit être admise pour les quasi-délits et les quasi-contrats. Mais bien entendu, elle n'engage ni la communauté, ni le mari.

5° Il n'y a pas davantage besoin pour la femme d'autorisation pour ester en justice criminelle, en tant que défenderesse, l'autorisation du mari restant toujours requise lorsqu'elle joue le rôle de demanderesse. Toutefois, dans ce dernier cas, certaines coutumes de Normandie (art. 553), de Blois (art. 3), du Berry, titre 1, art. 2, du Bourbonnais (art. 169), dispensaient la femme de l'autorisation maritale dans le cas d'injures personnelles.

6° Dans le cas de séparation de biens : ici la conception s'est sensiblement modifiée. Nous avons vu qu'aux ^{xiv}^e et ^{xv}^e siècles, la femme séparée de biens devenait en principe pleinement capable, et nous avons fait connaître les raisons de cette solution qui apparaissait alors comme conforme à la logique. Dans les siècles suivants plusieurs juriscon-

(1) Chassaneus, rub. iv, § 1, p. 482.

(2) Lebrun, L. II. ch. I, sect. III.

(3) Bourjon, L. I, IV^e partie, chap. III, sect. II, § 8 et 9.

(4) Dumoulin, sur l'art. 114, Coutume de Paris n^o 5.

sultes demeurèrent fidèles à cette manière de voir, et parmi eux Dumoulin (1) et tel paraissait bien être le sens de la coutume de Paris, lorsqu'elle disposait dans son article 234 que la femme mariée ne peut pas s'obliger sans le consentement du mari « si elle n'est séparée par effet ou marchande publique ». Mais la tendance générale fut différente. La majorité des auteurs, tout en admettant la pleine capacité de la femme séparée de biens pour les actes d'administration, décident que l'autorisation maritale sera nécessaire pour les actes d'aliénation. Lebrun (2), Chopin (3), Pothier (4) se prononcent nettement en faveur de ce système, en partant de ce point de vue que la puissance maritale durant autant que le mariage, et le mariage n'étant pas dissous par la séparation de biens, la nécessité de l'autorisation doit subsister même après cet événement (5). Cette solution n'était pas d'ailleurs sans présenter de sérieux inconvénients pratiques qui n'ont d'ailleurs pas disparu aujourd'hui, et elle avait quelque chose de choquant puisque la femme, pour devenir capable de contracter, devait solliciter l'autorisation de son mari qui avait été déclaré par la justice incapable de bien gérer les affaires de la communauté. Le législateur de 1893 est revenu à une conception

(1) Sous les art. 170 et 332 de la coutume du Bourbonnais.

(2) Lebrun, L II, ch. I, sect. 1, n° 16.

(3) Chopin, Coutumes de Paris, L II, t. I ; § 15.

(4) Pothier, Sect. II.

(5) Dans certaines coutumes comme celles de Montargis, de Dunois, de Sedan et la plupart des coutumes des pays flamands et belges et du Hainaut, la femme conservera jusqu'à la fin de l'ancien droit la faculté de disposer librement de ses biens, meubles ou immeubles.

plus nette de la situation lorsqu'il a considérablement étendu la capacité de la femme séparée de corps.

En ce qui concerne les actes judiciaires, la femme séparée de biens était mieux traitée. Elle pouvait ester en justice sans autorisation. La coutume de Paris le dit formellement : « Femme ne peut ester en jugement sans le consentement de son mari, si elle n'est autorisée ou séparée par justice et la dite séparation exécutée » (art. 224). La raison de cette différence est la même que celle que nous avons indiquée au ^{xiv}^e siècle ; la femme est censée bénéficier de la protection de la justice pendant tout le procès, tandis que cette protection n'existe pas pour les actes extra-judiciaires. (1)

Toutefois, ici encore, lorsque la théorie de Pothier et de Lebrun eût définitivement triomphé avec l'appui de la jurisprudence, on finit par admettre que si la femme séparée de biens pouvait librement intenter les actions concernant l'administration de ses biens, et y défendre, il lui fallait dans tous les autres cas l'autorisation.

Autorisation de justice

Nous sommes donc en présence d'une théorie extrêmement dure pour la femme, mais elle avait un correctif, c'était la faculté pour la femme séparée d'exercer devant la

(1) C'est ce que fait observer Lebrun « mais régulièrement la femme séparée ne peut contracter sans autorisation parcequ'en contractant elle n'est pas comme en plaidant sous l'inspection des juges ». (L II, ch. I, sect. I.)

justice un recours contre le refus injustifié du mari, comme elle pouvait le faire sous le régime de la communauté. L'autorisation supplétive que nous avons étudiée dans les siècles antérieurs joue un rôle de plus en plus important. Seulement, à cette époque pas plus qu'aujourd'hui, elle ne comporte des effets aussi absolus que l'autorisation maritale. La femme autorisée en justice engage seulement la nue-propiété de ses propres, tandis que l'obligation de la femme autorisée de son mari est exécutoire sur les biens communs et sur les propres de chacun des conjoints. Cette situation était très désavantageuse pour la femme qui ne trouvait que difficilement du crédit. Aussi Pothier proposait-il de faire produire plein effet sur la communauté à l'engagement de la femme jusqu'à concurrence de ce que la communauté aurait profité de l'affaire pour laquelle la femme aurait contracté. Il devait en être de même au cas où le contrat aurait été passé en vue de tirer le mari de prison et aussi quand il aurait eu pour but la constitution d'une dot à la fille.

Sous quelle forme le recours en justice va-t-il être accordé ?

Il faut ici faire une distinction entre les actes extra-judiciaires et les actes judiciaires.

Pour les actes extra-judiciaires, on constate dès le ^{xvi}e siècle la disparition des *lettres royaux* dont nous avons parlé ; les juges devaient continuer à appeler le mari en cause et à faire une enquête sur l'utilité de l'acte à accomplir, mais en fait très souvent ils s'en dispensaient.

En ce qui concerne les actes judiciaires, aucune formalité préalable n'était nécessaire. Le silence du mari faisait pré-

sumer son tort, et la justice devint de plus en plus accessible à la femme.

Effets du défaut d'autorisation

Nous avons vu que dans l'ancien droit du XIII^e siècle, à l'époque où l'incapacité de la femme était une conséquence de la puissance maritale, le mari seul, en sa qualité de chef de l'association conjugale, pouvait demander la nullité des actes passés par la femme sans son consentement. Mais lorsque avec la conception canonique et romaine, l'incapacité de la femme fut considérée comme découlant de la *fragilitas sexus*, il était naturel qu'on protégéât la femme comme tous les autres incapables et qu'on lui donnât l'action en nullité.

Cette doctrine finit par triompher au XVI^e siècle, grâce à l'autorité de Tiraqueau et de Dumoulin. Il en résultait que la femme qui avait contracté sans l'autorisation de son mari, non seulement ne pouvait pas être poursuivie sur ses biens personnels pendant la durée de la communauté, non seulement n'engageait pas non plus la communauté, mais encore était à l'abri de toute action après le décès du mari, contrairement à ce qui existait, sur ce dernier point, à l'époque de Beaumanoir.

Quant au point de savoir quel était le caractère de cette nullité, s'il fallait la considérer comme nullité relative susceptible d'être opposée par le mari et la femme seule, ou comme une nullité absolue d'ordre public, c'était là une question très controversée dans le détail de laquelle il nous paraît inutile d'entrer. Bornons-nous à rappeler que ce fut cette dernière opinion énergiquement soutenue par

Dunod, Lamoignon et Pothier, qui finit par l'emporter au XVIII^e siècle.

SECTION III

Droit intermédiaire

La Révolution, imbue de l'idée d'égalité, devait être favorable aux revendications féministes. Ces revendications se produisirent, d'ailleurs, sous les formes les plus diverses, les femmes ne se bornant pas à réclamer l'égalité civile, mais aussi tous les droits politiques appartenant à l'homme. (1)

Parmi les adversaires des revendications féminines, il importe de citer en première ligne Mirabeau. Dans son traité sur *L'Education publique*, il faisait ressortir avec beaucoup de vigueur le danger qu'il y avait à transporter les femmes au milieu des hommes et des affaires et à les exposer au péril d'une vie qu'elles ne pourraient apprendre à supporter qu'en dénaturant leur constitution physique. « C'est, disait-il, sous prétexte de les associer à la souveraineté, leur faire perdre tout leur empire. Sans doute, la femme doit régner dans l'intérieur de sa maison, mais elle ne doit régner que là ; partout ailleurs elle est comme déplacée. »

(1) Dans une requête présentée à l'Assemblée nationale, les femmes demandent l'abolition de tous les privilèges du sexe masculin et la reconnaissance de la même liberté, des mêmes avantages et des mêmes droits. Elles expriment également le désir que le genre masculin ne soit plus regardé dans les grammaires comme le plus noble, tous les genres devant être et étant également nobles !

Cambacérès, tout en désirant maintenir la communauté coutumière, était partisan d'une grande extension des droits de la femme et d'un système d'administration commun. Il fut l'inspirateur du premier projet du 9 août 1793 qui supprimait purement et simplement l'autorité maritale. La femme n'est plus tenue d'obtenir l'autorisation maritale pour l'accomplissement de chaque acte juridique; elle jouit des mêmes droit que son conjoint et dans les actes les plus graves, ils doivent agir ensemble. Cette idée est poussée si loin que lorsque le mari veut aliéner ses propres, il est est obligé d'avoir l'assentiment de sa femme.

Le texte même des articles du projet sur ce sujet nous permettra d'apprécier la nouveauté de la conception :

TITRE III. — Art 11. — *Les époux ont et exercent un droit égal pour l'administration de leurs biens.*

Art. 12. — *Tout acte comportant vente, engagement, obligation ou hypothèque sur les biens de l'un ou de l'autre, n'est valable s'il n'est consenti par l'un et l'autre époux.*

Art. 13. — *Les actes ayant pour objet de conserver les droits communs ou individuels des époux peuvent être faits séparément par chacun d'eux.*

L'autorisation maritale n'était pas d'ailleurs seule supprimée; l'autorisation de justice l'était également. La discussion de ce projet fut ajournée.

Dans le deuxième projet présenté par Cambacérès à la Convention le 26 fructidor an XI, on ne trouvait qu'un article unique, ainsi conçu : *Il y a communauté de biens entre époux et droit égal à leur administration, s'il n'en a été convenu autrement.*

Mais ce projet aboutissait aux mêmes conséquences que

le premier ; en établissant la parfaite égalité des sexes devant la loi civile, et en conférant à chaque époux un droit égal d'administration sur les biens de la communauté, on courrait le risque de compromettre le sort de la communauté en la privant de toute direction.

C'est le danger que paraît avoir compris le troisième projet, celui de messidor an IV. La conception de ce projet, inspirée de la solution de l'ancien droit, prépare celle qui sera définitivement adoptée par les rédacteurs du code civil. L'idée d'administration commune a disparu. Il n'y a plus dans la communauté qu'un seul administrateur, le mari, qui gère, d'ailleurs, également les biens de la femme, et sans l'autorisation duquel celle-ci ne peut s'obliger, ni ester en justice pour l'exercice de ses droits immobiliers. En cas de refus du mari, l'autorisation pourra être accordée à la femme par le juge de paix. S'agit-il, au contraire, d'un régime sans communauté, la femme devient complètement indépendante et peut même aliéner ses immeubles sans le consentement du mari.

Enfin le quatrième et dernier projet fut celui du code civil. Abandonnant ce qu'il y avait de chimique et d'irréalisable dans les projets de la Révolution, il revint à une conception plus nette de la réalité en retournant à la tradition de Dumoulin et de Lebrun.

Il nous faut avant d'aborder l'étude même de notre sujet chercher à dégager les caractères généraux du système du code civil.

SECTION IV

Conception du code civil

Maintenant que nous connaissons ce qu'a été, dans notre ancien droit, la situation juridique de la femme mariée, et quelles étaient les transformations profondes que le législateur de la Révolution avait rêvé d'y introduire, nous sommes mieux placé pour indiquer en quelques traits le système du législateur de 1804.

Ce système peut se résumer en un petit nombre de propositions :

1^o La femme mariée est une incapable et cette incapacité tient uniquement au mariage. Nous en avons la preuve dans ce fait qu'avant le mariage elle était pleinement capable, à la condition qu'elle fut majeure, et qu'elle le redeviendra à la dissolution du mariage.

Son incapacité nouvelle se manifestera dans ce sens, qu'elle ne pourra accomplir les actes judiciaires et les actes extra-judiciaires qu'avec l'autorisation de son mari.

2^o Cette incapacité n'existe pas seulement pour la femme mariée en ce qui concerne l'administration des biens de la communauté qui lui échappe entièrement, mais aussi en ce qui touche l'administration de ses propres biens. Ce sera le mari qui les donnera à bail, exercera les actions possessoires qui doivent en garantir la paisible jouissance, etc...

3^o L'omnipotence maritale n'est pas complète vis-à-vis de la femme. La femme peut, en effet, au refus du mari, se faire habilitier par la justice, et la raison en est qu'il est

inadmissible de la laisser désarmée ou impuissante en face du caprice ou du refus du mari. Cette intervention de la justice dont l'origine est, nous l'avons vu, très ancienne, se manifestera également lorsque le mari se trouvera dans l'incapacité légale ou l'impossibilité de manifester sa volonté; elle est d'ailleurs ici, bien plus difficile à justifier que dans l'hypothèse précédente, et il semblerait plus juste et plus logique d'accorder à la femme, dans cette hypothèse, une pleine capacité, comme le proposait au ^{xiii}^e siècle Beaumanoir.

4^o L'incapacité de la femme n'est pas une conséquence du régime de la communauté. A la différence de ce qui avait été proposé dans certains projets de la Révolution, la femme ne devient pleinement capable sous aucun régime matrimonial. C'est là la preuve la plus évidente que ce n'est pas, comme certains l'ont cru, son titre d'épouse associée qui la place dans une situation de dépendance vis-à-vis de son mari, mais bien sa qualité de femme mariée.

5^o Certaines femmes mariées se trouvent, indépendamment du contrat de mariage qu'elles ont adopté, dans une situation privilégiée au point de vue de leur capacité. Ce sont : les femmes autorisées à faire le commerce, les femmes séparées de corps, les femme possédant des biens réservés en vertu de la loi du 13 juillet 1907.

Quels sont les principes qui ont servi de base à ce système? Nous avons au début de notre étude fait observer qu'il était bien difficile de rattacher exclusivement l'incapacité de la femme à l'une des différentes théories qui ont été proposées. Nous ne reviendrons pas sur ce sujet. Nous estimons, avec M. Beudant, que le principe qui a

dicté les règles du code civil sur ce point échappe à l'analyse (1) ; la vérité est que le législateur de 1804 semble s'être pénétré de principes très différents et très opposés et qu'il s'est inspiré, tout à la fois dans sa solution de l'esprit coutumier et de l'esprit du droit romain, sans toujours les comprendre d'une façon parfaite. Il a fait tour à tour des emprunts à l'idée de *fragilitas sexus*, de puissance maritale, de protection de la femme, de nécessité d'une direction dans l'association conjugale, etc., et finalement a abouti à un système bâtard, contradictoire et illogique qui n'est plus en harmonie avec nos idées modernes. Ce système a été battu en brèche par une jurisprudence de plus en plus large et de plus en plus protectrice des intérêts véritables des incapables. Il a été aussi récemment entamé par une loi nouvelle, celle du 13 juillet 1907, qui, bien que visant une situation exceptionnelle, paraît être le prélude d'une réforme complète de la condition de la femme mariée.

Ces notions seront suffisantes pour nous permettre d'aborder notre sujet.

(1) Beudant, t. I, p. 479.

CHAPITRE II

LE PRINCIPE DE L'AUTORISATION MARITALE ; SES DIVERSES APPLICATIONS

Nous allons étudier, dans une première section, le principe même de l'autorisation maritale.

SECTION I

Etude du principe de l'autorisation maritale

Le texte qui domine cette matière est l'article 215 du code civil. Il est ainsi conçu : « *La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune ou séparée de biens.* »

C'est là un texte de principe, mais nous aurons l'occasion de constater que malgré son caractère de généralité, il comporte un certain nombre d'exceptions qui trouvent leur origine, soit dans le code civil lui-même, soit dans des lois postérieures.

Quelle est sa portée ? et comment se justifie-t-elle ?

Cette portée est aussi générale que possible, d'abord

dans ce sens qu'elle ne s'applique pas seulement sous le régime de la communauté, mais aussi sous tous les autres régimes, même sous ceux qui confèrent à la femme des pouvoirs très étendus, comme celui de la séparation de biens; et ensuite dans ce sens que le mot « ester en jugement » doit être pris dans sa signification la plus large.

Il n'y a pas non plus à distinguer entre les juridictions saisies. La femme mariée sera tout aussi incapable de plaider sans autorisation devant le juge de paix qui ne s'occupe que des litiges peu importants, bien que sa compétence ait été sensiblement augmentée par la loi du 12 juillet 1905, que devant les juridictions supérieures, comme la Cour d'appel ou la Cour de cassation. Et il faut même observer à ce sujet (nous reviendrons plus tard sur ce point) que l'autorisation maritale lui sera aussi nécessaire pour le préliminaire de conciliation qui n'est pas cependant une instance.

Le rôle de la femme dans l'instance n'a pas non plus d'influence sur l'autorisation; qu'elle soit demanderesse ou défenderesse, cette autorisation sera toujours exigée.

La qualité de son adversaire est également indifférente en notre matière. Même si elle plaide contre son mari ou si elle est attaquée par lui, elle a besoin de son autorisation. Seulement dans cette dernière hypothèse, elle a la faculté, dans le cas de refus de sa part, de s'adresser à la justice, et il y a des circonstances où l'on pourra induire qu'elle est autorisée tacitement par lui.

Enfin, la nécessité de l'autorisation s'impose quels que soient la nature ou l'objet de la contestation qui amène la femme devant les Tribunaux. Il importe d'observer, à ce

sujet, que cette autorisation sera exigée de la femme, alors même que la contestation porterait sur un acte qu'elle aurait pu faire sans autorisation : nous en voyons des exemples nombreux sous le régime de la séparation de biens. Ce fait ne peut s'expliquer que par la justification du principe posé dans l'article 215.

Le code civil, en subordonnant le droit, pour la femme, d'estimer en justice, à l'autorisation préalable de son mari, n'a pas seulement voulu respecter une tradition nettement établie, mais aussi parer aux dangers que présenterait, pour la paix du ménage, un procès entrepris par la femme seule. Un procès est toujours une chose grave. Il peut avoir des conséquences redoutables pour les deux époux, conséquences qu'il est souvent même impossible de prévoir au début de l'instance. C'est bien le véritable motif qui a guidé le législateur et nous en trouvons la preuve dans la loi du 6 février 1893 qui a restitué à la femme séparée de corps l'exercice de sa capacité civile. Ici, du moment que la vie commune est interrompue, que chacun des époux a un domicile séparé, il est logique que la femme recouvre la plénitude de sa capacité, et sur ce point, en corrigeant le code civil, la loi de 1893 a adopté la seule solution conforme à la raison et à la justice.

Remarquons d'ailleurs, qu'alors même que l'instance aurait trait aux intérêts personnels de la femme, la nécessité de l'autorisation maritale se justifie pleinement parce que les effets du procès auront toujours une répercussion sur les intérêts de la famille.

Après avoir rappelé le principe, indiquons avec quelques détails les applications.

SECTION II

Application de l'article 215

A) Régime adopté

Nous savons qu'aucune distinction n'est à faire suivant les régimes adoptés. Mariée sous le régime de la communauté légale ou sous un des régimes de la communauté conventionnelle, sous le régime exclusif de communauté, sous le régime de la séparation de biens, ou sous le régime dotal, la femme ne pourra pas plaider sans l'autorisation de son mari, nous en avons indiqué la raison.

Cette prohibition conduit à des conséquences bizarres. C'est ainsi, comme le fait observer M. Planiol (1), qu'alors que la femme séparée de biens peut donner à bail ses immeubles, elle ne peut pas assigner ses locataires en paiement.

Nous avons vu, dans la partie historique de notre étude, que la coutume de Paris, dans son article 224 avait établi une exception à cette règle en faveur des femmes séparées judiciairement et contractuellement (2) quand l'action concernait l'administration de leurs biens (3). La jurisprudence est absolument formelle dans ce sens.

On ne peut, semble-t-il, s'empêcher de critiquer le système du code. On comprend que la femme ne puisse ester en justice seule sous les régimes de la communauté et sous

(1) Planiol, traité de droit civil, t. I, n° 936.

(2) Pothier, puissance du mari, n° 61.

(3) Voir notamment Cass. 4 août 1884 (S. 1865.1.477. P. 1885.1.1145) 21 février 1888 (S. 1688.1.104) ; 16 juillet 1889 (S. 1889.1.423 P. 1889.1.1047).

le régime exclusif de la communauté puisque tous les pouvoirs d'administration appartiennent au mari ; mais on ne voit pas pourquoi il en serait ainsi sous le régime de la séparation de biens et sous le régime dotal, en ce qui concerne sous ce dernier régime les biens paraphernaux, puisqu'ici la femme est pleinement capable dans son administration. Cette solution ne peut s'expliquer que par l'esprit de réaction contre l'indépendance des femmes mariées qui caractérise le code Napoléon.

B) Juridictions saisies

Nos explications comportent ici plus de développement.

Les juridictions saisies peuvent être civiles, pénales, commerciales ou administratives ; elles peuvent aussi être des juridictions en premier ou en dernier ressort, des juridictions de droit commun ou des juridictions d'exception.

Nous allons les examiner successivement.

1° Tribunaux civils

Un procès civil commencera presque toujours par une tentative de conciliation. L'autorisation maritale sera-t-elle ici nécessaire ?

On pourrait en douter, parce que le préliminaire de conciliation ne fait pas partie de l'instance ; mais ce n'est pas sur ce terrain qu'il faut se placer pour résoudre la question. Ce qu'il faut, c'est de rechercher quel est le but de cette formalité judiciaire. Ce but sera d'amener, soit une transaction, soit un désistement, soit un acquiescement.

Il importe donc de se demander quelle est la nature de l'affaire en jeu. S'agit-il d'une affaire à propos de laquelle la femme possède un droit de disposition, le préliminaire de conciliation ne devra pas nécessairement s'accompagner de l'autorisation maritale. Il en sera ainsi d'une femme séparée de biens ou de corps ou d'une femme commerçante chaque fois qu'il sera question d'un droit dont elle a la pleine jouissance. Par exemple, pour la femme séparée de biens, soit judiciairement, soit par contrat de mariage, il y aura lieu de distinguer selon que le procès a pour objet son mobilier, ou ses biens immobiliers (1). Au contraire, dans tous les autres cas cette autorisation sera obligatoire pour elle, et cette situation sera, comme le fait observer M. Planiol, non pas la conséquence de son incapacité de plaider, mais de son incapacité d'aliéner et de s'obliger.

Toutefois, cette opinion n'est pas celle de la majorité des auteurs et ceux-ci ont une tendance à exiger, dans tous les cas, l'assistance du mari (2).

Juridiction de première instance

La règle est ici très simple. C'est l'incapacité absolue pour la femme d'ester en justice sans l'autorisation de son mari ;

(1) Dans ce sens Planiol, t. 1, n° 936.

(2) Dans ce sens Merlin Rep. V° *Bureau de concil.*, n° 4, Aubry et Rau, p. 139, n° 7, Demolombe IV, n° 129. Beudant I, n° 326, not. 1. Les Tribunaux ont eu rarement à se prononcer sur ce cas. Toutefois, on peut citer un arrêt ancien de la Cour de cassation du 3 mai 1808 S.8.1. 310 et un jugement du Tribunal de Niort du 16 novembre 1883. *La Loi*, 6 décembre 1883.

et cela sans qu'il y ait lieu de distinguer si elle est défenderesse ou demanderesse. On peut s'étonner de cette solution pour le cas où elle serait défenderesse ; néanmoins elle s'explique parfaitement si l'on songe que la femme pourrait éviter le procès en acquiesçant à la demande, et que là elle a besoin aussi bien d'être conseillée que lorsqu'elle prend les devants et attaque.

On doit en dire autant lorsqu'elle est intervenante.

Toutes ces conséquences résultent des termes généraux de l'article 215, elles sont aujourd'hui universellement admises par les auteurs, et ne sont plus contestées depuis longtemps par la jurisprudence (1).

Mais il ne faut pas perdre de vue qu'en principe l'autorisation maritale n'est nécessaire que pour les instances judiciaires. Il en résulte que chaque fois que la femme est appelée à figurer dans un procès sans y être partie, elle n'a pas besoin d'être autorisée. Ainsi en sera-t-il dans le cas où elle dépose comme témoin.

Au contraire et bien qu'il ait pu s'élever quelques doutes sur la question, il paraît certain que l'autorisation est nécessaire à la femme pour prendre part à une procédure

(1) Voici à titre d'exemple en quels termes formels s'exprime un arrêt déjà ancien de la Cour de Cassation du 13 novembre 1844 : « Attendu que la femme même séparée de biens, ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari ou, en cas de refus de son mari, sans l'autorisation de la justice. Attendu que ce principe est général et doit recevoir son application dans tous les cas où la femme comparait en justice soit en demandant, soit en défendant, quelle que soit la nature de l'action qu'elle intente ou l'objet de la demande dirigée contre elle. Sirey, 1845. 1. 45.

d'ordre. En effet, cette procédure, bien qu'ayant un caractère d'exécution est une véritable instance (1). C'est ce que fait très bien ressortir un jugement du tribunal de Forcalquier en date du 10 septembre 1870. dont les motifs ont été sur ce point adoptés par la Cour d'appel d'Aix dans un arrêt du 28 janvier 1871 : « Attendu, y est-il dit, que pour figurer dans une instance judiciaire, la femme même séparée de biens, doit toujours être autorisée de son mari; que si l'on peut soutenir que l'ordre amiable ne constitue pas une instance dans le sens rigoureux des termes, il ne saurait en être ainsi lorsque la tentative de conciliation ayant échoué, l'ordre judiciaire a été ouvert; que pour y paraître et y défendre ses droits, la femme devait être autorisée; qu'à défaut d'une demande d'autorisation de la part de la femme, c'était au poursuivant de provoquer cette autorisation, à peine de nullité de la procédure; que dès lors que cette formalité n'a pas été remplie (car on ne saurait considérer la sommation faite au mari, en sa qualité de débiteur saisi, comme une mise en demeure d'autoriser sa femme), le défaut d'autorisation peut être opposé par la femme au poursuivant (2). »

Cette autorisation lui sera encore nécessaire pour se défendre contre l'expropriation poursuivie par ses créanciers. En effet, l'article 2208 ne distingue pas selon que la femme

(1) Dans ce sens: Aubry et Rau, p. 139, n° 8. Demolombe, iv, n° 124. Fuzier Herman, art. 215, n° 15 suiv. Cass. 21 avril 1828. S. 28.1.275. D. 28.1.221. Toulouse, 19 mars 1833. S. 33.2.346. D. 33.2.204. Req. rej. 6 mars 1878. S. 78.1.324. D. 78.1.316.

(2) Aix, 28 janvier 1871. S. 72.2.110. D. 72.2.31.

menacée d'expropriation se trouve ou non personnellement débitrice ; on a quelquefois prétendu que dans notre hypothèse, la poursuite ne constituait pas une instance judiciaire, mais c'est là une opinion inadmissible, puisque la poursuite aboutira nécessairement à un jugement qui dépouillera la femme d'une partie de ses biens. La doctrine paraît nettement fixée dans ce sens (1), mais la jurisprudence incline à penser que l'autorisation maritale n'est pas ici indispensable, malgré l'importance du parti que la femme doit prendre. C'est ce que décide un arrêt déjà très ancien de la Cour d'Amiens : « Considérant, y est-il dit, que l'autorisation du mari n'est nécessaire à la femme que pour ester en justice ; que la poursuite en expropriation ne constitue point une instance judiciaire ; qu'elle n'a en effet, aucun litige pour objet, et qu'elle n'est que l'exécution forcée et accomplie sous l'autorité de justice d'un titre valablement souscrit par le débiteur ou régulièrement obtenu contre lui ; qu'il n'est donc pas nécessaire, quand elle est dirigée contre une femme, que celle-ci soit autorisée par son mari (2).

L'autorisation maritale sera de même exigée pour la femme qui veut porter une surenchère sur le prix des immeubles vendus par son mari. C'est notamment ce qu'elle aura souvent intérêt à faire pour assurer le paiement de ses reprises, sans que dans ce cas, on puisse opposer la règle de l'ar-

(1) Demolombe, IV, n° 134. Laurent, III, n° 106. Huc, n° 243. Baudry Lacantinerie et Houques Fourcade, *Du Mariage*, n° 2192.

(2) Amiens, 21 novembre 1838. S. 39.2.258. D. 39.2.189. Également dans ce sens : Agen, 4 janvier 1844. D. 45.4.41.

ticle 1595 du Code civil qui prohibe en principe la vente entre époux (1).

La femme aura-t-elle également besoin de l'autorisation de son mari pour provoquer l'interdiction de ce dernier ? La question est très controversée. Nous croyons avec la majorité de la doctrine que cette autorisation doit être exigée. Ce n'est pas en effet parce que la loi lui confère le droit de provoquer personnellement cette mesure qu'on doit en conclure qu'elle peut en user de sa propre autorité. Nous avons déjà eu l'occasion de constater que ce n'est pas parce que la femme aura la jouissance d'un droit qu'elle pourra l'exercer et il semble bien que ce soit ici le lieu d'application de ce principe. Il faut d'autre part, remarquer que la situation n'est plus ici la même que dans les demandes formées par la femme en vue d'obtenir le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens. En effet, tandis que ces actions sont exercées dans l'intérêt exclusif de la femme, ici l'action bien que dirigée contre le mari est exercée dans son intérêt et il paraît logique qu'il soit appelé à l'autoriser (2).

Il faut en dire autant pour le cas où il s'agit d'une demande en interdiction dirigée contre elle-même. (3)

(1) Dans ce sens: Rouen, 7 mars 1892. D. P. 93.2.24. Sir. 93.2.78.

(2) Dans ce sens: Demolombe, IV, n° 126. Delvincourt, I, p. 135, note 2. Laurent, III, n° 108. Planiol, I, n° 2043. I^o— Beudant, I, n° 326. Planiol, t. I, n° 2043. Contrà : Aubry et Rau, p. 139, n° 9. Demolombe, IV, n° 125. Baudry Lacanterie et Houques Fourcade, *Des Personnes*, t. III, p. 723,

(3) Aubry et Rau, p. 139, n° 9 ; Demolombe, IV, n° 125 ; Planiol, I, n° 2047 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. III, p. 724

D'après la majorité des auteurs et conformément à une jurisprudence très ferme, cette autorisation lui sera encore indispensable pour figurer valablement dans une procédure en expropriation pour cause d'utilité publique, et cela à raison même de la généralité du principe. C'est ce qui se dégage très nettement d'un arrêt de cassation du 17 février 1896 : « Attendu, est-il dit, que la femme ne peut ester en jugement sans être autorisée de son mari ou de justice; que cette règle est applicable devant toute juridiction en matière civile, et par conséquent devant le jury, en matière d'expropriation pour utilité publique, etc. (1)

La règle sera la même lorsque ce seront les créanciers de la femme qui exerceront ses droits en invoquant l'article 1166 du code civil. Ils ne sont pas, en effet, autre chose ici que les intermédiaires de la femme. (2)

Toujours pour la même raison, on doit décider que l'autorisation maritale sera également nécessaire à la femme pour continuer un procès qu'elle a engagé antérieurement à son mariage, et cette solution se justifie pleinement si l'on songe que la liberté de la femme a été restreinte par son changement d'état. Naturellement, il en serait autrement si la cause était déjà en état lors de la célébration du mariage. De même, si le mariage n'avait pas été notifié par la femme à son adversaire, celui-ci pourrait continuer sa pro-

(1) Cass. 17 février 1896, S. 96.1.368; D. 96.1.152. Également dans ce sens, civ. cass. 25 mai 1868, S. 68.1.308; D. 68.1.255; civ. cass. 2 avril 1873, S. 73.1.47; D. 73.5.252; civ. cass. 16 novembre 1891, S. 92.1.9.

(2) Huc, n° 243, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. III, p. 724.

cédure et ne serait pas tenu d'appeler le mari en cause. Mais ce sont là des exceptions qui se justifient aisément et le principe n'en reste pas moins certain. Il est reconnu par tous les auteurs et consacré par la jurisprudence. (1)

C'est enfin toujours l'absence de texte contraire et la nécessité de se reporter dans ce cas au principe qui nous porte à croire que, même lorsque la femme intente contre son mari une action en nullité de mariage, elle doit être autorisée par lui. En vain objecterait-on que la femme se contredirait elle-même si elle procédait comme femme mariée, alors qu'elle agit pour faire juger qu'elle ne l'est pas. En effet, du moment que le mariage subsiste tant que l'annulation n'en est pas prononcée, la femme demanderesse doit être considérée, au point de vue de la capacité d'ester en justice, dans la situation d'une femme mariée. (2)

Mais, par contre et pour les mêmes motifs, nous estimons que la femme n'a plus besoin de cette autorisation lorsqu'il s'agit d'une demande tendant à faire déclarer, non plus la nullité du mariage, mais son inexistence. Une union inexistante n'est susceptible, même provisoirement, de produire aucun effet. Comment en effet, d'ailleurs, pourrait-elle

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, loc. cit. p. 140, n° 11 ; Demolombe, iv, nos 139 et 287 ; Duranton, II, nos 457 et 458 ; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. III, p. 724, civ. cass., 7 août 1815, S. 15.1.346 ; D. mariage, n° 789, civ. cass., 30 mars 1841 ; S. 41.1.349 ; D. 41.1.200.

(2) Aubry et Rau, loc. cit. p. 139, n° 10 ; Demolombe, iv, n° 127 ; Laurent, II, n° 436 et III n° 104 ; Planiol, I, n° 1047 ; Demolombe, rev. crit. 1851, p. 154 ; Tambour, rev. crit., 1868, XXXII, p. 493, civ. cass., 19 mai 1858, S. 58.1.720 ; D. 58.1.271, Lyon, 4 avril 1867, S. 67.2.290.

demander une autorisation à son mari, puisqu'il n'y a pas de mari, ni à la justice, puisqu'il ne peut y avoir de refus du mari. (1)

Quelques doutes pourraient peut-être s'élever à l'occasion des actions possessoires qui sont de la compétence des juges de paix. On serait assez tenté de croire, qu'à raison du caractère d'urgence de ses affaires, la femme mariée devrait être autorisée à plaider sans l'assistance du mari.

Un argument d'analogie assez fort pourrait-être, semble-t-il, tiré de l'article 122 de la loi du 5 avril 1884 qui autorise le maire à intenter, sans autorisation, les actions possessoires concernant la commune, mais il ne faut pas perdre de vue le caractère absolu de l'article 215 auquel on ne peut déroger sans un texte formel. (2)

Opposition

L'opposition est une voie de recours, qui entre dans la catégorie des voies de rétractation et qui promet au plaideur condamné par défaut, de demander au tribunal qui a rendu la décision le condamnant de revenir sur cette décision.

Supposons une femme qui a été autorisée par son mari à plaider et qui s'est laissé condamner par défaut. Cette femme pourra-t-elle former seule opposition à la décision rendue contre elle, ou devra-t-elle se pourvoir d'une autorisation nouvelle ?

(1) Dans ce sens, Laurent, II, n° 446 et III, n° 104, civ. rejet 31 août 1824, S. 24.1.360 ; Contra, Lyon, 4 avril 1867.

(2) Tribunal de paix de Ressons-sur-Matz, 1^{er} septembre 1882: *Gaz. Pal.* 83.1.189 ; Demolombe, t. II, n° 128.

La jurisprudence et la majorité des auteurs sont d'accord pour reconnaître que dans ce cas une autorisation nouvelle du mari n'est pas nécessaire. En effet, l'autorisation qui a été accordée à la femme doit, semble-t-il, s'étendre d'une façon incontestable à tous les actes qui peuvent se produire devant la juridiction où elle est apte à figurer. Or, c'est principalement le cas de l'opposition qui, étant portée devant le même tribunal que celui qui a été jugé, n'est pas une instance nouvelle, mais un simple incident de procédure. (1) C'est ce que fait très bien ressortir l'arrêt de la cour de Toulouse cité en note : « Attendu, y est-il dit, que l'opposition n'est pas une instance nouvelle, mais un incident de la même instance pour laquelle l'autorisation a été déjà donnée ; que cette voie de recours a dû nécessairement être prévue au moment où l'autorisation intervenait, alors surtout que c'est par un jugement de défaut qu'elle a été donnée ».

Un récent arrêt de la cour de Paris (2) fait application de ces principes : « Considérant, est-il jugé, que pour introduire l'instance il n'est pas douteux que la dame Naef était autorisée par son mari ; que les appelants prétendent que son opposition au jugement de défaut congé n'est pas recevable parce que pour la former elle n'aurait pas l'autorisation maritale ; — mais considérant que l'opposition

(1) Dans ce sens, Aubry et Rau, t. v, § 472, texte et note 82 ; Demolombe, t. II, n° 287, p. 356, *in fine* ; Montpellier, 6 mars 1828, S. 29.2.18, D.-P. 29.2.60 ; Toulouse, 25 mars 1882, S. 83.2.119 ; D. P. 83.2.39.

(2) Paris, 20 mai 1911. S. 1911 2.44.

ne constitue pas une demande nouvelle, qu'elle n'est que la suite, la conséquence directe de la demande originaire pour laquelle la dame Naef était autorisé par son mari; que l'autorisation primitive n'ayant été ni rapportée, ni révoquée subsistait toujours et habiliterait la dame Naef à suivre et continuer l'instance commencée avec l'autorisation maritale. »

b) Juridiction d'appel

L'autorisation est nécessaire pour tous les degrés d'appel, mais doit-on dire que l'autorisation donnée par la première instance peut servir pour l'appel devant le tribunal civil lorsqu'il s'agit d'un recours de justice de paix, ou pour l'appel devant la cour d'appel dans l'hypothèse d'un recours du tribunal de première instance ?

Pour que la question puisse se poser, il faut supposer d'un côté le cas où l'autorisation n'a pas été limitée à un certain degré de juridiction et, d'un autre côté, celui où la femme n'a pas été autorisée en termes absolus à soutenir la lutte par toutes les voies légales, le cas où il y a autorisation, non pas générale, mais spéciale pour une instance. En d'autres termes, il faut supposer une autorisation non explicite qui a été donnée pour soutenir tel procès, pour former telle demande; comment l'interpréter ?

Laissons de côté, momentanément, l'autorisation accordée par la justice, sur laquelle nous reviendrons, et admettons que ce soit le mari qui ait autorisé sa femme. Plusieurs opinions ont été émises à ce sujet.

Dans une première opinion, on estime que l'autorisation n'est pas donnée *in omnem causam*; qu'il faut que le mari

décide, après examen, à chaque degré de juridiction, s'il est utile que la femme tente le degré suivant. Les arguments que l'on invoque en faveur de cette opinion sont les suivants :

a) On fait remarquer qu'une instance nouvelle s'est ouverte devant de nouveaux juges et qu'il est juste que la femme obtienne pour cette instance l'approbation du mari ;

b) On ajoute qu'il importe à la puissance maritale et à l'intérêt de la famille que la femme ne puisse user en toute liberté de toutes les voies de recours ouvertes aux justiciables et, en effet, ce n'est pas parce qu'il a été utile de soutenir un litige en première instance qu'il convient de le porter devant les juges supérieurs. On pourrait, il est vrai, objecter que le mari ayant autorisé sa femme à ester en première instance, il est censé, tant qu'il n'a pas révoqué son autorisation, consentir à ce qu'elle interjette appel ou se défende sur le recours interjeté contre elle, mais il est peu logique de supposer que le mari n'a entendu approuver que la première action, et qu'il n'a, dès lors, pas besoin de révoquer un consentement qu'il n'a pas donné. (1)

Une seconde opinion fait la distinction suivante : si la femme a perdu son procès en première instance, il lui faut une autorisation pour défendre à l'appel formé par son adver-

(1) Dans ce sens, Duranton, t. II, nos 459 et 460 ; Delvincourt, t. I, p. 157 ; Chardon, *Puissance maritale*, n° 103, Cubain n° 112 ; Aubry et Rau, t. V, § 472, texte et note 83 et 84 ; Laurent, t. III, n° 149, cass. 24 février 1841, S. 41.1.315 ; D. P. 41.1.132, cass. 4 mars 1845 ; Sir. 45.1.356, D. P. 45.1.97 ; Aix, 13 mars 1862, S. 62.2.154, D. P. 62.2.194, cass. 8 mars 1875. S. 75.1.171, cass. 21 février 1888 ; S. 88.1.104 ; D. P. 88.1.214.

saire. Et, en effet, la femme est autorisée à tout faire dans l'intérêt de la cause que le mari a présumée bonne ; or cette présomption est corroborée quand la femme gagne en première instance ; il n'y a donc pas de raison pour exiger une autorisation nouvelle. Mais il doit en être différemment lorsque la femme succombe en première instance ; ici, en effet, les choses ne sont plus dans le même état et c'est pour ainsi dire une nouvelle instance qui a lieu ; il est donc logique d'exiger une autorisation nouvelle.

Cette opinion compte, dans la doctrine, moins de partisans que la précédente, mais elle peut, elle aussi, invoquer en sa faveur une jurisprudence abondante. (1)

Enfin, une troisième opinion, la plus libérale, va encore plus loin que la seconde et dispense la femme de la nécessité d'une autorisation nouvelle, sans distinguer si la femme est appelante ou intimée. On observe dans cette opinion que la femme a été autorisée à soutenir le droit en litige par tous les moyens que la loi accorde aux plaideurs. Or, l'appel est un des moyens ordinaires de faire valoir ses droits. Le mari qui, en autorisant sa femme, a présumé son droit bon, lui a donné par là-même la faculté de le poursuivre par toutes les voies judiciaires, c'était à lui de faire ses réserves s'il voulait restreindre son autorisation à un seul degré de juridiction. Du moment qu'il s'agit d'une interprétation de volonté, on doit l'entendre dans le sens le plus naturel. On peut ajouter, et cet argument a certaine-

(1) Dans ce sens, Riom, 20 mai 1839, S. 39.2.513. P. chr. P. 45.1.56, cass. 25 janvier 1843, S. 43.1.247. P. chr. P. ; 43.1.676. Cass. 22 janvier 1879, S. 79.1.252.

ment une grande force, tout au moins pratique, qu'en obligeant la femme à solliciter une autorisation nouvelle pour l'appel, on augmente inutilement les frais et les lenteurs. (1)

Malgré les arguments très sérieux qui militent en faveur de ce dernier système, malgré aussi le caractère séduisant que peut offrir la distinction indiquée dans la seconde, nous estimons que c'est la première opinion, celle qui exige l'autorisation maritale à tous les degrés de juridiction qui doit l'emporter. Sans doute elle peut avoir des inconvénients, entraîner comme on l'a fait remarquer, des lenteurs, augmenter les frais, mais c'est elle qui paraît répondre le mieux à l'esprit du législateur du code civil, esprit de défiance à l'égard de la femme que nous avons déjà eu l'occasion de constater plusieurs fois.

c) Voies exceptionnelles de recours.

Ces voies exceptionnelles sont le pourvoi en cassation, la tierce opposition, la prise à partie, la requête civile. En ce qui concerne la première de ces voies exceptionnelles, le recours en cassation, nous rencontrons les mêmes divergences qu'à propos de l'appel. Les auteurs qui reconnaissent à la femme le droit de figurer en appel sans autorisation particulière étendent cette solution au pourvoi en cassation qu'ils considèrent sans doute, comme étant une voie de recours normal, mais aussi comme un moyen dont le mari a pu

(1) Dans ce sens Demolombe, t. II, n^{os} 287 et 288. Cass. 1^{er} décembre 1846. P. 48.2.689. D. P. 47.4.29. Chambéry, 19 mars 1888. *Journ. arrêts de Grenoble et Chambéry*, 1889.2.129. *Le Droit* du 10 avril 1888. S. 88.2.195.

prévoir l'utilité quand il a autorisé sa femme à plaider.

Pour les raisons exposées plus haut, nous repoussons cette opinion. Ayant admis pour l'appel la nécessité d'une autorisation spéciale, nous ne pouvons accepter que le pourvoi en cassation qui expose le plaideur à des dangers incontestables et à des frais le plus souvent importants, puis se former sans l'intervention nouvelle du mari.

Pour ce qui est de la tierce opposition, de la requête civile, de la prise à partie, il ne saurait y avoir à nos yeux, et tous les auteurs partagent cette façon de voir, aucune difficulté. Nous sommes ici en présence de voies extraordinaires constituant des instances absolument distinctes du procès qui a pu y donner lieu, que le mari n'a certainement pas eues en vue lorsqu'il a donné son autorisation. Une autorisation spéciale de sa part sera indispensable pour habilitier la femme à entreprendre ces procédures particulières (1).

d) Exceptions à la nécessité de l'autorisation maritale devant les tribunaux civils.

Ces exceptions concernent *les actes conservatoires, la saisie immobilière, les demandes en séparation de corps ou de biens et en divorce. Elles exigent quelques développements.*

1° Actes conservatoires.

Cette exception se justifie parce qu'ici la femme ne va

(1) Dans ce sens Demolombe, t. II, n° 289. Mourlon, t. I, n° 775 *in fine* Thomine-Desmazures, t. II, n° 1009.

pas, à proprement parler, ester en justice. Elle s'appliquera à des actes, judiciaires de leur nature, présentant le plus souvent un caractère d'urgence. Tels seront le protêt, l'opposition, la sommation, la saisie-arrêt, la saisie foraine.

Dans toutes ces hypothèses, il peut y avoir une importance de premier ordre pour la femme à agir d'urgence, et la nécessité d'obtenir l'autorisation de son mari serait souvent pour elle une cause de retard très préjudiciable à ses intérêts.

On doit en dire autant du référé. En cas d'urgence la femme mariée peut valablement introduire un référé sans l'autorisation maritale et sans celle de la justice. Décider autrement serait retirer à la femme mariée non autorisée de son mari, le bénéfice d'une procédure d'une utilité incontestable. D'ailleurs, il convient d'observer que la partie adverse, comme le mari, seraient mal fondés à se plaindre; puisque la décision prise par le juge des référés n'est pas susceptible de faire grief au principal (1).

Toutefois ce n'est qu'autant que l'acte a un caractère réellement conservatoire que la femme peut agir librement. Si elle veut en poursuivre l'effet en justice, elle devra se pourvoir au préalable de l'autorisation maritale. Ainsi nous venons de voir qu'elle pouvait faire pratiquer seule une saisie-arrêt, mais si elle veut assigner en validité son débiteur elle devra être autorisée. Il en sera de même lorsqu'elle veut faire assigner en garantie sur un protêt.

(1) Dans ce sens trib. Seine, 19 juin 1863. *Gaz. trib.* du 26 juin 1863. Lyon, 15 mars 1871. *Monit. jud.* Lyon du 4 mai 1871. Paris, 22 mai 1906. *Le Droit*, 12 juillet 1906.

2° Saisie immobilière.

La jurisprudence admet qu'il n'est pas nécessaire que la femme soit autorisée pour que les poursuites de saisie-immobilière dirigées contre elle soient valables. On fait remarquer dans cet ordre d'idées que la poursuite en expropriation n'est pas une instance judiciaire, mais seulement un acte d'exécution. La seule condition nécessaire est que l'expropriation soit dirigée à la fois contre le mari et contre la femme (1). Il faut décider de même que la femme mariée peut former opposition à une saisie immobilière dirigée contre elle et son mari, sans avoir besoin de l'autorisation de ce dernier. En effet, dans cette hypothèse, la femme est défenderesse dans l'instance et la seule chose qu'on puisse exiger est qu'elle soit autorisée à ester en justice par le jugement même qui statue sur son opposition.

Cependant cette opinion n'est pas admise par tous les auteurs. Demolombe pense dans notre hypothèse, que la femme doit être autorisée de son mari parce que l'article 2208 suppose cette autorisation (2).

M. Laurent est du même avis, et cela sans distinguer si la femme est débitrice ou tiers détenteur. Même dans cette dernière hypothèse, l'autorisation s'impose d'autant plus que le tiers détenteur a des droits dans ce sens qu'il peut délaisser ou payer ; or, dans ce cas, le mari a le devoir

(1) Dans ce sens Cass. 11 novembre 1839. S. 39.1.948. D. P. 40.1.13. Agen, 4 janvier 1844. P. 45.1.615. D. P. 45.4.41. Besançon, 30 janvier 1863. S. 63, 2, 100.

(2) Demolombe, t. II, n° 134.

d'intervenir pour garantir les intérêts de la femme et ceux de la famille (1).

Par contre, tous les auteurs et la jurisprudence sont d'accord pour décider que l'autorisation maritale sera nécessaire avant l'intervention de la femme ou la signification de ses moyens de nullité contre la procédure, et aussi avant l'adjudication.

De même la femme, dans l'opinion unanime ne peut valablement exercer le droit de surenchère sans cette autorisation et la raison en est que la surenchère n'est ni un acte purement conservatoire, ni un acte d'administration (2). L'arrêt de la cour de Caen, cité en note, nous paraît très bien dégager le principe en la matière : « Considérant que sans doute la procédure en matière de surenchère doit marcher rapidement et que le sort de la première adjudication ne doit pas rester longtemps incertain ; mais que, si le législateur avait pensé que l'application à ce cas des articles 225 et 1125 du code civil présentât de trop graves inconvénients, c'était à lui qu'il appartenait de s'en expliquer d'une manière non équivoque, ce qu'il n'a pas fait ; que d'ailleurs, ces inconvénients sont beaucoup moins graves qu'on ne le suppose ; qu'en effet, il défend des parties intéressées, en demandant la production de l'autorisation du mari ou sa mise en cause dans un bref délai, de faire cesser toute incertitude comme cela se pratique chaque fois qu'une femme mariée intente une action sans y être autorisée. »

(1) Laurent, t. III, n° 106.

(2) Cass. 14 juin 1824. S. et P. chr. 24.3.289. D. A. 11.766. Caen 9 janvier 1849. P. 51.2.333. D. P. 53.2.36.

Il doit en être ainsi même pour la femme séparée de biens; seulement il faut observer que cette femme aura toujours le droit de faire valablement sans autorisation sur les immeubles de son mari une surenchère ayant pour objet d'assurer le recouvrement de ses reprises, et cela parce qu'il s'agit ici d'une femme en faveur de laquelle est intervenu un jugement la relevant de son incapacité pour tous les actes tendant au recouvrement de ses droits (1).

3° Demandes en séparation de corps et en divorce.

Nous ne rencontrerons pas non plus la nécessité de l'autorisation maritale pour la femme qui intente une demande en séparation de corps (2). En donnant une autorisation pareille, le mari ne ferait d'ailleurs, que reconnaître ses torts, ce qui serait en opposition formelle avec le vœu de la loi qui repousse toute séparation volontaire.

Il va de soi, et à plus forte raison que la femme n'a pas besoin de l'autorisation de son mari pour présenter requête au président, parce que cet acte n'est pas introductif de l'action. Mais il faut aller plus loin et ne pas hésiter à décider que du moment que la femme a été habilitée par le président à procéder sur la demande principale, elle pourra sans nouvelle autorisation suivre sa demande sur les incidents s'y rattachant. Il en sera ainsi notamment pour toutes les questions litigieuses relatives à l'administration de ses enfants : « Attendu dit à ce sujet la Cour de cassation,

(1) Cass. 29 mars 1853. S. 53.1.442. P. 53.2.99. *Contrà* Grenoble, 30 août 1850. S. 51.2.625. P. 52.2.324.

(2) Il en est de même de la séparation de biens.

que s'il est de principe général et d'ordre public que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ou à son défaut de la justice, l'article 878 du Code de procédure civile confie au président du tribunal le droit d'autoriser la femme à procéder sur sa demande en séparation de corps, sans l'obliger à mettre en cause le mari, et à ne statuer que sur le refus de celui-ci. Qu'une pareille autorisation habilite suffisamment la femme à procéder tant sur la demande principale que sur les incidents qui s'y rattachent. Attendu que la demande de la femme Joubert, relative à l'administration de ses enfants, constituait un incident de la procédure en séparation, etc. »

Une question également importante est celle de savoir si l'ordonnance du président l'autorisant à procéder sur sa demande, est suffisante pour que la femme puisse interjeter appel sans l'autorisation du mari du jugement intervenu sur la demande en séparation de corps ou en divorce. Nous avons vu que, dans les cas ordinaires, la généralité des auteurs estimaient que l'autorisation donnée par le mari en première instance ne suffirait pas pour permettre à la femme d'agir seule en appel. En sera-t-il de même dans notre hypothèse pour l'autorisation du président ? La Cour de cassation dans son audience du 14 mai 1884, et sur un remarquable rapport du conseiller Mazeau, s'est prononcée, avec raison, semble-t-il, pour la négative. Elle a fait remarquer, que pour se décider dans ce sens, on ne devait pas tant s'appuyer sur les termes généraux de l'article 878 du code de procédure civile « à *procéder sur sa demande* » que sur des considérations d'utilité pratique. Quel a été, en effet, le but du législateur en exigeant dans l'article 878

code de procédure civile, l'autorisation du président, si ce n'est d'empêcher que la femme engageât imprudemment sa demande et ne mît trop légèrement le trouble dans l'union conjugale ? Mais si, malgré ses conseils, la femme persiste dans son dessein, à quoi bon l'obliger à solliciter une nouvelle autorisation qui paraît bien inutile après l'attitude de la femme en conciliation (1).

Sera-t-il nécessaire que la femme qui demande la séparation de corps soit assistée, lorsqu'elle est mineure, d'un curateur ? La question est assez discutée. Nous estimons avec la plupart des auteurs et avec la jurisprudence que cette assistance ne doit pas être exigée. En effet, cette mesure tend à assurer la protection de la personne plutôt que des biens (2).

Tout ce que nous venons de dire de la séparation de corps s'applique également au divorce.

Maintenant que nous connaissons la situation de la femme devant les tribunaux civils, demandons-nous quelle en sera sa situation devant les tribunaux répressifs.

2° Tribunaux répressifs

Cette matière est réglée par l'article 216 du code civil ainsi conçu : *L'autorisation du mari n'est pas nécessaire lorsque la femme est poursuivie en matière criminelle ou de police.*

Donc ce texte répond à notre question par une distinc-

(1) C. cass. 14 mai 1884, D. P. 1884 1.412.

(2) Dans ce sens Toullier, tome II, n° 767. Berriat Saint-Prix, p. 676, n° 5. Chauveau sur Carré, quest. 2964. Aubry et Rau, tome V, 472.

tion : L'autorisation est nécessaire lorsque la femme est poursuivante, elle ne l'est pas lorsqu'elle est poursuivie. On conçoit en effet, que l'action de la justice contre la femme délinquante ne doit subir aucune entrave et l'on ne peut qu'approuver ces paroles de Portalis, disant à ce sujet : « L'autorité du mari disparaît alors devant celle de la loi, et la nécessité de la défense naturelle dispense la femme de toute formalité. » (Locré, législation civile, tome iv, p. 583). Est-ce au contraire, la femme qui agit comme demanderesse? les motifs ne sont plus les mêmes pour la relever de son incapacité et elle reste soumise aux règles de l'autorisation maritale.

Comme nous avons déjà eu l'occasion de la signaler, ce principe n'est pas nouveau. La presque unanimité des auteurs et la majorité des coutumes avaient admis la distinction qu'a consacrée le code civil (1). Cependant, un certain nombre de coutumes comme celle d'Orléans, dispensaient la femme de la nécessité de l'autorisation, soit qu'elle fut poursuivie, soit qu'elle fut poursuivante. Dans le dernier état du droit, la jurisprudence du parlement de Paris paraissait même pencher vers cette doctrine (2).

L'article 216 a une portée très générale. Il s'applique à toutes les actions résultant d'un crime, d'un délit ou d'une

(1) Valin, coutumes de la Rochelle, art. 22, n° 43. Lebrun, traité de la communauté, livre xi, chap. premier, section première ; Renusson, partie première, chap. viii.

(2) Arrêt du 23 avril 1749 rapporté dans la jurisprudence civile de Rousseau de la Combe. Voir aussi Merlin *Autorisation*, section vii, 18.

contravention, portée devant la cour d'assises, le tribunal correctionnel ou le tribunal de simple police.

Si la femme est poursuivante devant les tribunaux répressifs, elle doit être autorisée et cela résulte par un argument *a contrario* de l'article 216. La raison en est qu'il est juste que le mari, chef de l'association conjugale, soit à même d'apprécier par avance les conséquences graves qu'une action de cette nature peut entraîner. Le principe est tellement certain qu'il ne faut pas hésiter à déclarer que la femme doit être munie de cette autorisation alors même que c'est contre le mari qu'elle agit pour coups et blessures (1). Cette autorisation lui est-elle également nécessaire pour mettre en mouvement l'action du ministère public en portant plainte ? Nous ne le croyons pas : la plainte qu'elle porte ainsi ne donne pas nécessairement naissance à une procédure ; il appartient au parquet de poursuivre ou non. Mais la femme devra encore être autorisée lorsqu'elle se constituera partie civile (2).

La question de la femme poursuivie a donné lieu à de vives controverses. La loi dispense de l'autorisation cette femme, mais dans quel sens faut-il entendre le mot *poursuivie* ?

Aucune difficulté ne saurait s'élever quand le ministère public agit seul. Il est certain que dans cette hypothèse l'autorisation maritale est inutile. Seulement il se peut aussi que ce soit la partie lésée qui agisse en qualité de partie civile pour obtenir réparation du dommage causé ; faut-il

(1) Trib. Troyes 24 juin 1890, Sir. 92.2.24.

(2) Dijon, 8 juillet 1908. D. P. 1909.2.173.

décider que l'autorisation maritale sera alors nécessaire ?

Pour résoudre la question, examinons les différents cas qui peuvent se produire.

1^{er} cas. — La partie civile agit devant les tribunaux civils.

Ici pas de difficultés possibles. Il ne s'agit plus de question de criminalité, mais d'une simple action en réparation de dommage causé, fondée sur l'article 1382; nous ne sommes plus dans le cas de l'exception. La femme a évidemment besoin d'être autorisée.

2^e cas. — La partie civile porte sa demande devant les tribunaux répressifs. Il y a lieu de distinguer :

a) Ou bien la partie lésée joint son action à celle du ministère public.

Dans ce cas, la poursuite revêt un caractère mixte, et l'action civile doit être considérée comme devenant l'accessoire de l'action publique. Il n'y a qu'à appliquer les principes généraux, et puisque la femme peut sans autorisation se défendre contre le ministère public, il devra en être de même lorsqu'elle se défendra contre la partie civile.

Cette solution qui a fait, autrefois, l'objet de controverses, n'est plus aujourd'hui discutée (1).

b) Ou bien la partie civile poursuit la femme directement devant les Tribunaux de police correctionnelle ou de simple police.

La question est ici beaucoup plus controversée.

(1) Dans ce sens Marcadé t. I, n° 728, Laurent, t. III, n° 110, Aubry et Rau, t. V, § 472, texte et note 14, Demolombe, t. II, n° 143.10.782. Cass., 9 mai 1846, D. P. 46.1.316.

Dans une première opinion on fait remarquer que la femme n'a pas besoin non plus, dans cette hypothèse, d'autorisation. On observe que, puisque ce sont toujours des questions criminelles qui s'agissent devant les tribunaux de justice répressive, même lorsqu'ils sont saisis par la partie civile et que le ministère public peut, à tout moment, requérir et faire prononcer la peine, les motifs sont les mêmes que dans l'hypothèse précédente pour dispenser la femme de l'autorisation : « Ne serait-ce point, dit Demolombe, méconnaître l'article 216, par exemple, que d'exiger l'autorisation de la femme marchande publique, poursuivie en banqueroute simple par les syndics ou par l'un des créanciers de sa faillite. » (1).

Dans une seconde opinion, qui nous paraît préférable, on répond que c'est ici le caractère de poursuite civile qui doit dominer, sans qu'on ait à se préoccuper de l'intervention éventuelle du ministère public. On ajoute que si l'article 216 permet à la femme non autorisée de se défendre en matière criminelle ou de police, c'est qu'elle a toujours intérêt à y comparaître pour présenter sa défense, mais qu'il en est autrement lorsqu'elle est citée en police correctionnelle ou en simple police, en réparation du préjudice allégué. Rien ne l'empêche, en effet, dans cette hypothèse, de chercher à s'entendre avec le demandeur, afin d'éviter que le ministère public ne demande contre elle l'application d'une peine

(1) Demolombe, t. I, n° 143. Dans le même sens, Locré, t. IV, p. 523, n° 64 ; Vazeille, t. II, n° 311 ; Rousséau et Laisney, v° Autorisation n° 30 ; Massé et Vergé, sur Zachariae, p. 232 ; Demonte, t. I, n° 299 bis ; Mourlon, t. I, n° 772, note *in fine*.

au cas où le délit ou la contravention seraient établis (1).

3° Tribunaux de commerce

La règle est la même. Qu'elle soit demanderesse, défenderesse ou intervenante, la femme a besoin de l'autorisation de son mari, aussi bien en première instance, qu'en appel. Seulement, comme dans l'immense majorité des cas, nous nous trouvons en présence d'une femme commerçante, cette femme pourra plaider librement devant la juridiction commerciale pour les faits de son commerce parce qu'elle aura reçu une autorisation générale de son mari. Les développements que comporte cette question seront donnés ultérieurement (2).

4° Tribunaux administratifs

C'est encore ici l'application du principe qui s'impose. Devant les Conseils de Préfecture, comme devant le Conseil d'Etat, et d'une façon générale, devant toutes les juridictions administratives statuant aux contentieux, la femme doit être autorisée de son mari, quelle que soit sa qualité dans l'instance.

C'est par le mari, représentant légal de la femme, que les actions en justice doivent être introduites ou soutenues dans les formes prescrites par les lois, bien que ce soit la

(1) Dans ce sens, Marcadé, t. I, n° 728 ; Baudry-Lacantinerie, t. I, n° 629 ; Huc, t. II, n° 244 ; Aubry et Rau, t. V, § 472 ; Laurent, t. III, n° 110.

(2) Voir Appendice I.

femme qui figure en nom dans l'instance. Toutefois il importe, en cette matière, de distinguer, et la jurisprudence administrative se montre plus ou moins large selon le régime adopté par les époux. C'est ainsi qu'elle a décidé qu'un mari, commun en biens, a qualité pour former sans mandat un recours en matière de patentes au nom de sa femme (1) et qu'il peut, sans mandat spécial, réclamer contre une contribution imposée au nom de sa femme à une époque antérieure à son mariage (2). Ces solutions s'expliquent par cette raison qu'il est l'administrateur des biens de sa femme.

Au contraire, la femme séparée de biens, qui a l'administration de son patrimoine, n'a nullement besoin de l'autorisation de son mari pour porter une réclamation en matière de contributions directes devant le Conseil de Préfecture (3) et, en l'absence de tout mandat, le mari n'a pas qualité pour demander décharge de la contribution due par sa femme séparée de biens (4).

(1) Cons. d'Etat 10 juillet 1893. Rec. Cons. d'Etat, p. 595.

(2) Cons. d'Etat 12 mars 1886. Rec. Cons. d'Etat, p. 221 : « Considérant, est-il dit dans ce dernier arrêt, que si le sieur Longateau, en présentant, devant le Conseil de Préfecture, la demande en décharge de l'imposition de la dame veuve Billaud, n'a pas justifié d'un mandat qu'il aurait reçu à cet effet, il résulte de l'instruction qu'à une date antérieure à ladite réclamation, le sieur Longateau était devenu le mari de la dame Billaud ; que dès lors, il avait qualité pour demander décharges des taxes établies au nom de celle-ci et qu'il y a lieu d'examiner si sa réclamation est fondée. »

(3) Cons. d'Etat, 23 mai 1860. Rec. C. d'Etat, p. 409.

(4) Cons. d'Etat, 8 janvier 1875, D. P. 76.5.137 : « Considérant, est-il

Malgré ces exceptions, le principe de la nécessité de l'autorisation maritale n'en reste pas moins certain, sans cependant que le défaut de cette autorisation puisse faire prononcer la nullité de l'assignation émanant d'une femme mariée. C'est dans ce sens que le Conseil d'Etat a décidé, dans un arrêt du 12 mars 1880 (1), que la partie contre laquelle une femme mariée a formé un pourvoi devant le Conseil d'Etat ne peut se prévaloir du défaut d'autorisation maritale pour demander que la requête soit déclarée non recevable.

Le tribunal administratif doit agir comme les tribunaux judiciaires; il doit impartir à la femme mariée un délai pour justifier de cette autorisation ou à défaut d'une autorisation de justice, faute d'avoir fait cette justification, sa demande sera rejetée comme non recevable : « Considérant » d'une part, qu'il résulte de l'instruction que la dame » Salin avait été citée seule devant le Conseil de Préfec- » ture pour voir dire qu'elle serait tenue du paiement de » la contribution mobilière inscrite au rôle de la ville de » Lyon, au nom du sieur Salin, son mari; considérant, » d'autre part, que si la femme mariée ne peut ester en » jugement, sans autorisation de son mari, il n'appartient » qu'à la femme, au mari ou à leurs héritiers, d'opposer le

» dit, dans ce dernier arrêt, qu'il résulte de l'instruction que la dame » Denave est judiciairement séparée de biens d'avec son mari, que c'est » contre elle personnellement qu'ont été dirigées les poursuites pour la » contraindre au paiement et que la quittance des sommes a été délivrée » en son nom, que le sieur Denave ne justifie d'aucun mandat qui l'au- » torise à réclamer au nom de sa femme. »

(1) Conseil d'Etat. Arrêt 12 mars 1880. D. P. 1880.3.115.

» défaut d'autorisation maritale ; que dès lors, et à suppo-
» ser que cette autorisation soit nécessaire dans les ins-
» tances engagées en matière de contributions directes, le
» sieur Chavaud n'est pas fondé à demander que la requête
» présentée par la dame Salin soit déclarée non recevable,
» etc... »

Il semble bien que le Conseil d'Etat, dans cet arrêt, mette en doute la nécessité de l'autorisation maritale dans les instances engagées en matière de contributions directes ; mais comme le fait remarquer la note sous l'arrêt en question, il est peu probable que cette juridiction administrative ait voulu méconnaître le principe général proclamé par l'article 216 du code civil. Il a repoussé les conclusions de l'adversaire de la femme mariée uniquement parce qu'elles tendaient au rejet immédiat de la requête, comme non recevable, et il ne pouvait pas agir différemment.

SECTION III

Formes de l'autorisation maritale

Nous avons eu l'occasion de constater, dans la partie historique, que dans notre ancien Droit, tout au moins dans la plupart des coutumes, l'autorisation maritale se présentait comme un véritable acte par lequel le mari habilitait sa femme à faire le contrat. Aussi cet acte devait-il revêtir certains caractères de solennité. Pothier veut que le mari déclare formellement qu'il autorise sa femme(1) et le terme

(1) Op. cit n° 68.

d' “ *habiliter* ” lui paraît le seul qui convienne. Tiraqueau est de même avis (1). Néanmoins, la rigueur n'était pas la même pour les actes judiciaires, et, toujours d'après Pothier, le mari était dans ce cas « censé suffisamment autoriser sa femme, lorsqu'il était avec elle » (2).

Nous n'avons pas à nous occuper des actes extra-judiciaires. Rappelons simplement que pour ces actes *autorisation* est synonyme de *consentement* et que ce consentement n'est soumis pour sa manifestation à aucune formalité extrinsèque (3). La seule discussion entre les auteurs porte sur le point de savoir si le consentement peut être ou non donné tacitement.

Quelle est la solution du code civil pour les actes judiciaires ?

La question est controversée et le doute vient de ce que l'article 217 n'a trait qu'aux actes extra-judiciaires et que l'article 215 se borne à déclarer que la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, quand même elle serait marchande publique, ou non commune, ou séparée de biens. Faut-il en conclure que l'autorisation du mari relativement à ces actes peut se manifester de toute manière, expressément ou tacitement, conformément au droit commun ? Nous ne le pensons pas et comme nous ne voyons

(1) De leg. connub. part. 3 gl. 7 nomb. 3.

(2) Pothier, op. cit., n° 69.

(3) C'est ce qui résulte de l'article 217 : « La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir, à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte ou son consentement par écrit. »

pas qu'il y ait de raison de faire de distinction entre ces deux sortes d'actes, nous croyons que l'article 215 en employant le terme général « autorisation » a entendu se référer, en ce qui concerne les formes de la volonté maritale, aux dispositions de l'article 217 (1). Toutefois cette opinion n'est pas généralement admise et la jurisprudence, dans des arrêts récents, a déclaré que le consentement du mari pouvait résulter des circonstances de la cause. C'est ainsi que dans un arrêt récent du 18 juillet 1904, la cour de cassation, à propos d'une affaire d'expropriation pour cause d'utilité publique, a jugé que l'autorisation pour la femme d'ester en justice doit s'induire des circonstances, lorsque l'expropriant a fait notifier les offres non seulement à la femme propriétaire de l'immeuble exproprié, mais au mari pris tant en son nom personnel que pour la validité à l'égard de sa femme, et que le mari et la femme ont conjointement signifié leur refus des offres et le chiffre de leur demande (2).

Quelque soit le parti que l'on prenne sur cette question, il n'en est pas moins certain que le code a consacré une solution différente de celle de l'ancien droit, puisque le mari, à cette époque, devait nécessairement être dans l'instance sans pouvoir permettre à la femme d'y figurer par une autorisation donnée auparavant.

Ces principes étant dégagés, étudions successivement dans trois paragraphes, quelles sont les personnes qui

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Traité de droit civil. Des personnes*, t. III, p. 769.

(2) Civ. Cass. 18 juillet 1904. D. 1905.5.24.

peuvent demander l'autorisation, à quel moment cette autorisation doit être donnée et en quelle forme elle doit l'être.

§ 1. — **Personnes qui peuvent demander l'autorisation**

Deux hypothèses peuvent se présenter ; la femme est demanderesse ou elle est défenderesse.

a) *Femme demanderesse*

C'est à elle tout d'abord à solliciter l'autorisation de son mari, et son action ne sera valable qu'autant que cette formalité aura été accomplie. La femme devra donc prouver : ou bien qu'elle a obtenu l'autorisation de son mari, ou bien qu'elle n'a pas besoin dans l'espèce de cette autorisation ou bien qu'elle est pleinement capable par suite de la mort de son mari. C'est bien dans ce sens que s'est prononcé le tribunal de paix de Paris, dans son audience du 22 juin 1887, lorsqu'il a jugé que la demanderesse, qui se présentait veuve, devait justifier du décès de son mari ou de l'autorisation d'ester en justice, faute de quoi il devait être sursis à statuer jusqu'à la production de l'acte de décès du mari, ou de l'autorisation de ce dernier, ou de justice. (1)

Les tribunaux auront d'ailleurs la faculté d'assigner à la femme demanderesse, un délai dans lequel elle devra rapporter, à peine de déchéance, l'autorisation de son mari ou de justice et cela aussi bien en première instance qu'en appel ou en cassation.

(1) Trib. de paix, Paris, 22 juin 1887, *Mon. des juges de paix*, 1887, p. 353.

La femme sera-t-elle la seule à pouvoir demander cette autorisation ? Il semblerait que oui, parce que cette autorisation a été créée dans son intérêt exclusif. Pourtant, la jurisprudence, partant de ce principe sur lequel nous aurons à revenir, que l'autorisation d'estimer en justice a un caractère d'ordre public, a décidé, dans de très nombreux arrêts, que, lorsque la femme n'a pas requis cette autorisation, la partie adverse pourra la provoquer (1). C'est ce que dit en termes formels l'arrêt de cassation du 4 mars 1845 cité en note : « Attendu qu'il résulte de ces articles que la femme mariée ne peut ester en jugement sans l'autorisation du mari ou de la justice ;

» Que celui qui plaide contre une femme mariée doit veiller à ce que les formes prescrites, en pareil cas, pour la validité des jugements soient remplies ; que si la femme n'a pas requis l'autorisation sans laquelle elle est inhabile à ester en justice, c'est à sa partie adverse à provoquer cette autorisation, et au juge, à défaut du mari, à la conférer, s'il y a lieu, etc. »

Dans le même ordre d'idées, il a été jugé que le tiers cité en justice par une femme agissant sans l'autorisation maritale peut obtenir du juge un sursis jusqu'à ce que la femme demanderesse ait été pourvue de cette autorisation. Il y a là un véritable moyen dilatoire, mais à ce titre, il doit être proposé avant toute défense au fond et ne peut être invoqué pour la première fois sur l'appel

(1) Dans ce sens, cass., 5 août 1840 S. 48.1.708, D. P. 40.1.292, 4 mars 1845, S. 45.1.356. D.P. 45.1.97. Aix, 28 janvier 1871, S. 72.2.110, D. P. 72.2.30.

interjeté contre le jugement qui a accueilli la demande de la femme. (2)

b) Femme défenderesse

La règle est différente. C'est au tiers qui actionne la femme défenderesse de lui procurer l'autorisation d'ester en jugement. Aussi devra-t-il mettre en cause le mari, afin qu'il habilite sa femme. A cet effet, il devra assigner ce dernier pour autoriser son épouse à ester en justice ou, en cas de refus, la voir autoriser par le jugement à intervenir, ce qui n'empêche pas d'ailleurs le mari d'autoriser spontanément son épouse, ou celle-ci de se pourvoir en autorisation suivant les prescriptions de l'article 861 du code de procédure civile.

Observons d'ailleurs que, lorsque le mari est appelé en instance pour autoriser sa femme, il ne doit pas être regardé comme partie au procès. Mais qu'arrivera-t-il si le mari, assigné avec sa femme afin d'autoriser celle-ci à ester fait défaut alors qu'il se trouve en outre assigné avec sa femme afin d'être condamné personnellement et comme chef de la communauté ? La jurisprudence a décidé que les tribunaux civils doivent, dans ce cas, même d'office, pour éviter une contrariété de jugement et par mesure d'ordre public, prononcer contre le mari, à la place d'un jugement de défaut

(1) Dans ce sens Demolombe t. II, n° 345 Cass. 30 janvier 1877, S.77. 1.73, D.P.77.1.348 Trib. Toulouse, 15 avril 1886 *Gaz. Trib. Midi* du 23 mai 1886, Besançon, 14 mai 1890 D.P.91.2.101.

pur et simple, un jugement de défaut, profit joint si la femme comparait. (1)

Le tribunal compétent est celui saisi du litige, sans qu'il y ait à considérer le lieu où siège ce tribunal et la nature de sa compétence. Cela est absolument certain pour le conseil des prud'hommes et le juge de paix. L'article 36 de la loi du 27 mars 1907, sur les prud'hommes, pose en effet le principe que le conseil a le droit, dans le cas de refus d'autorisation du mari, d'autoriser la femme mariée à défendre devant lui, et l'article 16 de la loi du 12 juillet 1905, relative aux juges de paix, dit la même chose puisqu'il ne fait aucune distinction entre la femme demanderesse et la femme défenderesse. Mais il faut aller plus loin et décider avec MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (2), que tout autre tribunal saisi doit être considéré comme compétent pour la question accessoire de l'autorisation, du moment qu'il l'est pour la question principale.

§ 2. — A quel moment l'autorisation doit être donnée

Le principe est que la femme doit être autorisée au moment de l'introduction de l'instance et ce principe se justifie par l'incapacité même dont elle est frappée. Mais ce principe n'est pas aussi absolu qu'on pourrait le croire, et la jurisprudence, poussée par des considérations pratiques et faisant application d'une règle qu'elle a maintes fois consacrée, a décidé, par de nombreux arrêts, que la nullité résultant du défaut d'autorisation serait couverte lorsque

(1) Dans ce sens Trib. Niort 10 avril 1883 Gaz. Palais 83.1.547.

(2) *Des personnes* t. III p. 827.28.

le consentement interviendrait avant le jugement définitif. (1)

Comme dans le paragraphe précédent, nous examinerons le cas de la femme demanderesse et de la femme défenderesse.

a) *Femme demanderesse*

Lorsqu'elle est demanderesse en première instance, la femme peut se pourvoir de l'autorisation maritale en tout état de cause. Il est seulement nécessaire qu'elle produise cette autorisation avant le jugement. On ne doit pas reconnaître au tiers le droit de requérir la nullité de la demande pour défaut d'autorisation. C'est ce qui résulte des termes mêmes de l'article 225 : « La nullité fondé sur le défaut d'autorisation ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers. »

Néanmoins, comme le tiers se trouve exposé à poursuivre une procédure irrégulière et frustatoire, il faut lui permettre de demander aux tribunaux d'impartir à la femme demanderesse un délai dans lequel elle devra rapporter l'autorisation maritale ou celle de justice, à peine de déchéance.

De même, en appel, la femme sera suffisamment habilitée par l'autorisation obtenu durant l'instance ; l'appel qu'elle aura formée sans autorisation deviendra dès lors valable, rien n'empêchant, d'ailleurs, que l'autorisation soit accordée régulièrement à l'audience même de la cour. (2)

(1) Voir notamment Bordeaux, 14 août 1848 *Journ. arr.* Bordeaux, 1848 p. 421 *Journ. des av.* 1849 p. 36 ; Bourges 9 juillet 1861 *Journ. des av.* 1862 p. 379 ; Paris, 4 décembre 1875 D.P. 1876.2.209.

(2) Dans ce sens, Cass., 10 novembre 1856 S.57.1.569, D.P. 57.1.91.

Une question intéressante s'est posée dans le cas où la femme ayant interjeté appel, sans autorisation maritale, le divorce serait rendu contre elle en cours d'instance. La jurisprudence a décidé que la nullité de l'acte d'appel fait irrégulièrement serait couverte par le fait même du divorce qui a rendu à la femme l'intégrité de ses droits. (1)

De même enfin, en cassation, l'autorisation peut être donnée pendant l'instance engagée par le pourvoi. On peut en dire autant du cas où la femme s'est pourvue par la voie de la requête civile.

b) *Femme défenderesse*

En première instance, aucune difficulté ne peut s'élever. Il appartient au tiers, dans l'hypothèse où la femme est défenderesse, d'assigner le mari pour obtenir, de lui, l'autorisation et il pourra le faire jusqu'au jugement définitif.

Mais en appel, il en est différemment. Il faudrait considérer comme nulle l'autorisation donnée après le délai utile pour interjeter appel. La raison en est, que pour l'expiration du délai, la déchéance de l'appel interjeté contre elle et par suite, le bénéfice du jugement obtenu par elle, lui sont acquis. (2)

La même solution s'applique pour le pourvoi en cassation.

§ 3. — Dans quelle forme l'autorisation doit être donnée

La loi est muette sur cette question si importante, et l'on

(1) Dans ce sens, Paris, 15 février 1887, D.P. 87.2.189.

(2) Dans ce sens, Demolombe t. iv, n° 352 Cass. 5 mai 1858, S. 59.1.41, D.P. 58.1.286; Poitiers 16 février 1881 D.P. 81.2.136.

doit décider, dès lors que la seule condition exigée pour que la femme puisse ester en justice, est que le mari ait donné son consentement.

Comment ce consentement apparaîtra-t-il? De deux façons, soit expressément, soit tacitement. Considérons ces deux points de vue.

a) *Consentement exprès*

Il peut résulter non seulement d'un acte authentique ou sous seing-privé, mais aussi d'une simple lettre ou d'un écrit quelconque, ou encore d'un pouvoir remis à l'avoué, d'une déclaration au bas de l'exploit d'assignation signifié au mari dans le cas où la femme est défenderesse, ou enfin de la signature du mari sur l'original et la copie de l'assignation donnée par la femme, quand les qualités de l'exploit mentionnent cette autorisation (1).

On doit même aller plus loin et décider que l'autorisation verbale est suffisante, si la preuve en est rapportée (2), ou si, en instance d'appel, l'arrêt mentionne que le mari s'est présenté devant la Cour pour autoriser sa femme (3).

De même, il y a consentement exprès, lorsqu'il est dit dans les qualités de l'arrêt que la femme a procédé aux fins de son exploit d'appel dont la copie est présentée, et que cet exploit a été fait à la requête de la femme et du

(1) Demolombe, t. II, n° 194. Rousseau et Laisney v° *Autorisation* n° 109 Carré quest. 2919.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 472, texte et note 52. Demante t. I, n° 300 bis vi M ourlon, t. I, n° 795.

(3) Cass. 10 novembre 1856, s. 57.1.569.D. P. 57.1.91.

mari assistant et autorisant celle-ci, ou encore lorsque le jugement porte que les conclusions ont été prises au nom de la femme et de son mari comme l'assistant et l'autorisant.

b) Consentement tacite

Ce consentement résultera de toutes circonstances démontrant l'accord du mari, les juges de fait ayant à cet égard une appréciation souveraine (1). C'est ainsi qu'il n'est pas douteux que le fait, par le mari, de plaider conjointement avec la femme équivaut à une autorisation tacite (2). « Attendu, est-il dit, dans l'arrêt de la Cour d'appel de Nancy, du 16 avril 1877, cité en note, qu'il est de doctrine et de jurisprudence que le concours à une même procédure de deux époux, agissant dans un intérêt commun, sans opposition du mari aux actes et conclusions de la femme, implique de sa part l'autorisation pour celle-ci d'ester en justice, que cette autorisation tacite et virtuelle produit les mêmes effets qu'une autorisation expresse et suffit amplement à la validité de la procédure; que le moyen tiré du prétendu défaut d'autorisation maritale en première instance doit-être écarté, etc. ».

Par contre, il ne faudrait pas considérer comme suffisamment autorisée la femme qui comparait seule et sans

(1) Aubry et Rau, t. v, § 472 texte et note 58.

(2) Demolombe, t. II, n° 196, Zachariae § 462, texte et note 42: Aubry et Rau, t. v § 472, texte et note, 61 Cass., 3 juin 1835, S.35.1.880. D.P. 35.1.271; Nancy, 16 avril 1877, S.79.2.325, D.P. 79.2.205, Trib. Versailles 10 novembre 1893. *Gaz des not.* L. 894 p. 264.

l'autorisation de son mari, bien que celui-ci ait été assigné conjointement avec elle.

A plus forte raison, il y aura autorisation tacite, lorsque le mari actionne son épouse elle-même (1), mais ainsi que le fait observer l'arrêt de Douai, cité en note, l'autorisation ne s'applique dans ce cas qu'aux actes nécessités par la défense à cette action ; par exemple, une action formée par le mari contre sa femme, en compte, liquidation et partage de la succession de l'enfant commun, autorise bien la femme à défendre à cette action, mais elle ne l'habilite pas à exercer elle-même les actions pouvant naître de la succession.

L'autorisation tacite résultera encore du fait que le mari a correspondu avec l'avoué de la femme, et lui a remis les pièces nécessaires à la défense des droits de celle-ci.

Maintenant que nous connaissons les formes de l'autorisation maritale, étudions ce qui a trait à la spécialité de cette autorisation.

SECTION IV

De la spécialité de l'autorisation maritale

La règle de la spécialité de l'autorisation maritale signifie que cette autorisation ne s'applique qu'aux affaires pour lesquelles elle a été donnée.

(3) Aubry et Rau, t. v § 472, texte et note 60, Mourlon, t. 1., n° 804, texte et note, Cass., 8 mars 1875, S.75.1.171 ; D.P.78.1.201 ; Douai, 13 décembre 1886, Jurisp. Douai 1886 p. 304.

Il résulte de ce principe qu'on ne saurait considérer comme valable une autorisation générale. En effet, les autorisations générales, même stipulées par contrat de mariage, ne sont valables que quant à l'administration des biens de la femme, et non pour ester en justice. Il faut donc que la femme soit pourvue d'une autorisation spéciale pour chaque instance judiciaire (1).

Sur cette question de la spécialité d'autorisation, le code civil s'est borné à reproduire dans l'article 213, les principes de l'ancien droit en décidant que cette autorisation doit être donnée par un procès déterminé. La loi ne fait que respecter la puissance maritale et sauvegarder les intérêts de la famille. Il est aisé de comprendre que permettre les autorisations anticipées d'ester en justice, serait en réalité aboutir à dispenser les procès de toute autorisation, puisque l'autorisation n'aurait pas été donnée en connaissance de cause (2).

Aussi semble-t-il difficile d'approuver la tendance de la jurisprudence à reconnaître la validité d'actes par lesquels le mari autorise la femme à ester en justice dans toutes les instances relatives à certaines opérations d'une catégorie déterminée. Cette tendance s'est notamment manifestée

(1) Chauveau sur Carré quest. 2915, Valette sur Proudhon t. I p. 465, Aubry et Rau, t. V § 472, texte et note 65, Trib. Parthenay 10 décembre 1884, *Gaz. Palais* 85.1.296.

(2) Dans ce sens Demolombe t. II, n° 207, Laurent t. III, n° 117. Massé et Vergé sur Zachariæ, t. I, p. 241, Aubry et Rau, t. V § 472, note 66. En sens contraire M. Dutruc sur Chauveau V^o *Autorisation de femme mariée*, n° 49.

dans un arrêt de la cour de cassation du 10 novembre 1862, qui présente une grande importance, parce qu'il est en contradiction avec la jurisprudence jusque là admise et conforme à l'opinion de la doctrine.

Les circonstances de la cause étaient les suivantes :

Une dame Rallu avait été autorisée par un jugement du tribunal civil d'Angers du 20 novembre 1860, intervenu à défaut d'autorisation maritale, 1^o à acquérir, soit en son nom personnel, soit au nom d'une société commerciale qui existait entre elle et le sieur Langlois, son frère, une parcelle de terrain de 200 mètres, sise à Sillé-le-Guillaume ; 2^o à faire sur ce terrain toutes constructions utiles à son commerce, et passer tous devis et marchés ; 3^e à vendre ou hypothéquer tous immeubles pour payer ces acquisitions et constructions ; enfin à plaider dans toutes les instances relatives à ces opérations et passer tous actes qui pourraient en être la suite.

Peu de temps après l'époque où l'acquisition avait été réalisée, la dame Lépine, venderesse, sous prétexte que la dame Rallu avait pris possession d'une contenance de terrain supérieure à celle qui lui avait été vendue, assigna cette dame, et son mari pour l'autoriser, à fin de délaissement de cet excédent de terrain. Cette demande ayant été admise par le tribunal du Mans, la dame Rallu fit appel et l'intimée opposa à cet appel une fin de non recevoir tirée de ce que, pour l'interjeter, la dame Rallu n'avait été autorisée ni par son mari ni par la justice.

La Cour d'appel d'Angers par un arrêt en date du 18 décembre 1860 déclara l'appel recevable pour cette raison que la dame Rallu avait été autorisée par jugement de première

instance d'Angers à plaider dans toutes les instances et à passer tous actes pouvant en être la suite pour les opérations ci-dessus mentionnées, autorisation qui devait s'étendre à l'appel interjeté par elle.

Saisie de la question, la cour de cassation admit cette thèse en prétextant que malgré l'apparente généralité des termes employés, l'autorisation était restreinte à une seule et même affaire : « Attendu, est-il dit, dans cet arrêt, que malgré l'apparente généralité de ces termes, l'autorisation était restreinte à une seule et même affaire. Attendu que le procès intervenu entre la dame Rallu et la dame Lépine, sa venderesse, se rattachait à la vente pour laquelle la dame Rallu avait été autorisée par le jugement sus-mentionné ; qu'ainsi, c'est avec raison que l'arrêt attaqué a décidé que dans l'espèce, la défenderesse éventuelle avait été suffisamment autorisée à ester en justice ; qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué n'a violé ni l'article 223, ni les articles 215, 218 et 219 du code Napoléon ; Rejette etc. . . » (1).

Nous pensons avec Dalloz que cette arrêt en validant l'autorisation donnée par avance à une femme mariée de plaider dans toutes les instances relatives à l'acquisition, qu'elle était en même temps autorisée à faire, a le tort de donner à la femme plein pouvoir pour apprécier le mérite des procès qu'elle aurait à soutenir à propos de son acquisition, et qu'elle est, par suite, en contradiction avec les dispositions de l'art. 223.

Au contraire, nous ne faisons aucune difficulté pour approuver la jurisprudence lorsqu'elle décide que l'autori-

(1) C. Cass. Arrêt du 10 novembre 1862, S. 63.1.145 ; D. P. 63.1.212.

sation donnée à la femme pour la liquidation et le recouvrement de sa dot et pour poursuivre l'annulation des engagements qu'elle a souscrits avec son mari est valable. C'est qu'en effet, ici l'autorisation ne se réfère pas à toutes les affaires de la femme, mais seulement à quelques-unes (1).

SECTION V

Révocation de l'autorisation

Le mari après avoir donné son autorisation peut-il la révoquer ?

En principe cela ne fait pas de doute. Le mari est seul juge de l'opportunité de ce retrait. La seule condition exigée est que l'affaire n'ait pas été consommée (2).

Il est non moins certain que le mari peut user de son droit de révocation même à l'encontre d'une autorisation qu'il a donnée par contrat de mariage, à moins cependant, que cette autorisation ne soit générale et ne constitue une véritable convention matrimoniale, ce qui arriverait par exemple dans l'hypothèse où il aurait été décidé que la femme administrerait elle-même ses biens. En effet, nous nous trouvons

(1) Dans ce sens, cass., 22 juin 1842, S. 42.1.95.DP. 42.2.670.

(2) Dans ce sens Toullier, t. XII, n° 257, Demolombe, t., n° 322, Bedaride, t. I, n° 113, Zacharie, § 472, texte et note 47 bis, Aubry et Rau, t. V, § 472, texte et note Massé, t. III, n° 115, Bordeaux, 12 novembre 1873, S. 74.2.193.P. 74.833.

ici en présence d'une clause contraire à l'ordre public, parce qu'elle porte atteinte à l'autorité et qui doit être comme telle déclarée nulle (1).

Ce principe est également vrai pour les actes judiciaires et pour les actes extra-judiciaires. Toutefois la doctrine et la jurisprudence ont toujours reconnu que cette révocation ne pouvait être admise lorsqu'elle avait lieu à contre temps de façon à porter un préjudice incontestable aux intérêts engagés de la femme. Dans une pareille hypothèse, la femme serait autorisée à former un pourvoi devant la justice dans les formes légales, et rien n'empêcherait les juges de différer l'effet de la révocation jusqu'à la terminaison de l'affaire en cours.

Il a été fait à propos des actes judiciaires une application intéressante de ce droit des juges dans une affaire qui a motivé un arrêt de la cour de cassation du 3 février 1847 (2). La question doit être résolue par un pourvoi entier d'appréciation de la part des juges.

(1) Aubry et Rau, t. v, § 472, note 86, Demolombe, t. iv, n° 322, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2334.

(2) Cass. 3 février 1847, *Journ. des Av.*, t. LXXII, p. 414 D.P.47.1.61. Cet arrêt décide que lorsque la femme engage une instance avec l'autorisation de son mari et que, munie de la même autorisation, elle interjette appel du jugement rendu contre elle, la révocation de l'autorisation survenue devant la cour après que la cause était en état, c'est-à-dire que les qualités avaient été respectivement posées ne soumet pas l'adversaire de la femme à requérir du mari son autorisation conformément aux articles 861 et suiv. du code de procédure civile. Il suffit que l'autorisation de plaider soit directement requise et obtenue de la cour : « Attendu est-il dit dans cet arrêt qu'il est justifié et non contesté que la dame Beautias

Une question très importante est celle de savoir si le mari peut révoquer l'autorisation maritale donnée par la justice.

Deux hypothèses doivent être soigneusement distinguées :

1^{re} hypothèse. — C'est sur le refus du mari que la justice a autorisé la femme. Le principe, dans ce cas, est que le mari n'a pas le droit de révoquer de sa propre autorité l'autorisation qui a été accordée par la justice à sa femme, et cette solution se comprend parfaitement puisqu'il suffirait, s'il en était autrement, de la volonté du mari pour rendre illusoire la décision de justice qui est intervenue. Néanmoins, la doctrine admet que si le mari estime qu'il existe un intérêt supérieur à ce que, à raison des circonstances survenues postérieurement à la décision du tribunal, accordant l'autorisation, cette autorisation soit retirée, il pourra former un recours dans ce sens auprès du tribunal conformément à la procédure organisée par les articles 861 et suivants du code de procédure civile et sauf la faculté pour la femme de

avait été autorisée par son mari aux fins de l'instance par elle engagée devant le tribunal d'Orange contre le défendeur, son fermier, en résiliation de bail. Que si le sieur Beautias son mari a révoqué cette autorisation après l'appel qu'elle avait relevé du jugement par lequel le tribunal d'Orange avait rejeté son action, l'autorisation ainsi révoquée lorsque la contestation était déjà liée sur l'appel a été remplacée par l'autorisation de la cour royale, comme le constate le dispositif de l'arrêt attaqué. D'où il suit que la dame Beautias, demanderesse, a procédé régulièrement en cause d'appel, comme elle l'avait fait en première instance, et qu'il était inutile d'assigner à l'effet d'autoriser sa femme, le mari, qui avait pris soin de manifester son refus par l'acte de révocation signifié tant à la demanderesse qu'au défendeur, qu'ainsi l'arrêt n'a point violé les articles 215 et 218 du code civil. Rejette etc. . . .

combattre sa demande, en sollicitant le maintien de l'autorisation de justice (1).

2^e hypothèse. — C'est à raison de l'absence ou de l'incapacité du mari qu'est intervenue l'autorisation de la justice.

Le mari pourra-t-il, dans cette hypothèse, lorsqu'il sera revenu ou lorsqu'il aura recouvré sa capacité, révoquer cette autorisation ?

Demolombe le nie parce que nous sommes ici en présence d'un acte de l'autorité judiciaire et qu'on ne saurait reconnaître au mari le droit d'annuler un tel acte. Tout ce qu'on peut lui permettre serait de s'adresser au tribunal qui a donné l'autorisation et lui demander de se rétracter.

Cette opinion nous paraît difficilement acceptable ; si en effet, la justice est intervenue ici, c'est beaucoup plus pour remplacer le mari qui s'est trouvé dans l'impossibilité de remplir ses fonctions, que pour faire acte de tribunal. Comment, dès lors, une pareille autorisation pourrait-elle avoir plus de valeur que celle qui émanerait du mari et comment admettre que celui-ci ne pourrait pas la révoquer ? C'est dans ce dernier sens que se prononcent MM. Aubry et Rau (2). Toutefois, il semble certain qu'il faille reconnaître dans cette hypothèse à la femme le droit de se pourvoir contre la révocation.

Examinons les conditions de cette révocation.

Comme la loi ne prescrit aucune forme particulière, il faut décider que cette révocation peut être donnée soit expressé-

(1) En sens contraire Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes*, t. III, p. 818.

(2) Aubry et Rau, t. V, § 472, texte et note 88.

ment, soit tacitement. Les auteurs sont d'accord pour reconnaître que lorsque la femme est commerçante, il sera nécessaire de rendre cette reconnaissance publique, ce qui semble devoir se faire par la voie d'annonces insérées dans les journaux judiciaires. La question de publicité étant d'ailleurs une question de fait qui sera laissée à l'appréciation des tribunaux. (1)

La jurisprudence admet d'ailleurs, que si les tiers se trouvent lésés par le retrait de l'autorisation, alors que le mari a négligé de prendre les mesures ordinaires de publicité, ils sont en droit de réclamer à celui-ci la réparation du dommage qu'ils ont éprouvé de ce fait. Un arrêt de la cour de Toulouse du 22 mai 1876 est très formel dans ce sens (2).

Du reste le mari peut revenir sur sa révocation, son intention pouvant résulter d'une déclaration formelle ou s'induire des circonstances.

Quant aux effets de la révocation, ils ne peuvent s'appliquer qu'à l'avenir ; les actes faits en vertu de l'autorisation révoquée produiront tous leurs effets. On peut tirer un argument des articles 2008 à 2009 du Code civil pour décider que cette révocation ne sera opposable aux tiers qu'autant qu'ils l'ont connue, ce qui pourra avoir lieu soit par acte d'huissier, soit par la voie de la presse ; dans cette dernière hypothèse, il appartiendra au mari de faire la preuve que les tiers en ont eu connaissance.

(1) Dans ce sens Demolombe, t. II, n° 326, Aubry et Rau, t. V, § 472, texte et note 90.

(2) Toulouse, 22 mai 1876, S. 76.2.209, D.P. 77.2.33, Huc, t. II, n° 367.

SECTION VI

**Caractère d'ordre public de l'autorisation
maritale**

L'incapacité de la femme mariée est d'ordre public et il en résulte que les parties ne peuvent y déroger même par contrat de mariage. Sans doute, le régime matrimonial adopté peut influencer indirectement sur la capacité de la femme en conférant au mari des pouvoirs plus ou moins étendus pour la gestion des biens appartenant à la femme, mais le principe n'en reste pas moins entier et il ne serait pas permis aux époux de supprimer cette incapacité soit dans leur contrat de mariage, soit pendant le mariage. Les auteurs sont unanimes pour admettre ce principe (1). La jurisprudence de son côté l'a consacré dans des arrêts nombreux, non seulement pour les actes extra-judiciaires, mais aussi pour les actes judiciaires, les seuls qui nous intéressent.

C'est ainsi qu'elle a décidé dans un arrêt de cassation du 21 février 1888 que le moyen tiré de ce qu'une femme mariée a été en justice en première instance ou en appel, soit en demandant, soit en défendant sans y avoir été autorisée, est un moyen d'ordre public qui peut être proposé par la femme pour la première fois devant la Cour de cassation : « Attendu, dit cet arrêt, que la femme même séparée de

(1) Voir notamment Planiol, t. I, n° 932, Demolombe, t. IV, n° 120, Laurent, t. III, n° 96, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2178, Beudant, t. I, n° 315 et suivants,

corps et de biens, ne peut ester en justice sans l'autorisation de son mari, ou en cas de refus du mari, sans l'autorisation de la justice. Attendu que ce principe est général et absolu et doit recevoir son application dans tous les cas où la femme comparaît en justice, soit en demandant, soit en défendant, quelle que soit la nature de l'action qu'elle intente, ou quelque soit l'objet de la demande dirigée contre elle ; que le moyen est *d'ordre public*, et que la femme est admise à se prévaloir en tout état de cause et pour la première fois devant la Cour de cassation, de l'omission de la formalité prescrite par les articles précités, etc. (1) »

L'autorisation maritale a pour complément naturel, l'autorisation de justice. Celle-ci vient corriger et suppléer celle-là, et introduire dans notre droit des solutions basées sur la logique et l'équité. Il nous faut lui consacrer quelques développements avant d'étudier les effets de l'autorisation ou du défaut d'autorisation maritale.

(1) Cassation, ch. civ., 21 février 1888, S. 88.1.104. Voir dans le même sens c. cass. 16 juillet 1889, S. 89.1 423.

CHAPITRE III.

AUTORISATION DE JUSTICE

L'autorisation de justice peut intervenir dans deux hypothèses :

- 1° Le mari refuse de donner à la femme son autorisation ;
- 2° Le mari par suite d'un obstacle matériel ou légal se trouve dans l'impossibilité d'accorder à la femme son autorisation.

Dans l'une et l'autre de ces hypothèses, la loi permet à la femme de s'adresser à la justice pour solliciter d'elle l'autorisation que le mari ne peut pas ou ne veut pas lui donner. Ce faisant, elle se préoccupe avant tout d'assurer la conservation des intérêts de la famille.

Ce recours à la justice a été critiqué par plusieurs auteurs. M. Huc notamment le considère comme dangereux parce qu'il aura infailliblement pour résultat d'aggraver les rapports existants entre les époux : « Ce serait une singulière illusion, dit-il (1), de penser que la bonne harmonie, dans le ménage, pourra survivre à l'exercice d'un tel recours. Si les époux ne sont pas parvenus à se mettre d'accord, presque toujours le recours de la femme à l'intervention de la

1) Huc, t. II, n° 255.

justice aura pour résultat d'aggraver le dissentiment, et de pousser à une séparation volontaire et de fait, ou judiciaire » (1).

Tout en admettant que l'appel porté par la femme de la décision du mari devant une autorité supérieure est de nature trop souvent à troubler l'harmonie du ménage, nous croyons qu'il faut faire intervenir dans la solution de cette question un principe plus élevé, celui de la justice. Nous ne pouvons qu'approuver à cet égard les éloquentes paroles de M. Laurent : « Non, l'Etat n'absorbe pas les droits des citoyens ; il a pour mission au contraire, d'en assurer le libre exercice. Mais quand plusieurs droits sont en conflit, la justice intervient pour vider le débat. Le mari qui refuse injustement l'autorisation, abuse de son droit, si l'on veut considérer la puissance maritale comme un droit. La femme a aussi un droit. Elle a le droit de faire les actes juridiques qui l'intéressent. C'est à la justice de prononcer entre le mari et la femme (2). »

Il nous faut maintenant étudier dans deux sections, les deux hypothèses d'autorisation de justice.

SECTION I

Refus d'autorisation du mari

Aucune difficulté ne s'élève à ce sujet. Le législateur a

(1) N'en serait-il pas de même au cas où le refus du mari ne serait susceptible d'aucun recours : une cause perpétuelle d'animosité subsisterait dans le ménage.

(2) Laurent, t. III, n° 126.

considéré que dans les cas où le mari abuserait de sa puissance maritale en refusant sans bonnes raisons l'autorisation à sa femme, celle-ci pourrait s'adresser à la justice qui trancherait le conflit existant entre les droits du mari et les intérêts de la femme. Ce principe qui a un caractère d'ordre public et s'applique sous tous les régimes, est consacré pour les actes judiciaires dans l'article 218 du code civil, ainsi conçu : « *Si le mari refuse d'autoriser sa femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation.* »

SECTION II

Impossibilité du mari d'accorder à la femme son autorisation

Cette impossibilité peut parvenir d'un empêchement de fait et d'un empêchement de droit.

A. — Empêchement de fait

Cet empêchement résultera quelquefois de l'absence du mari, hypothèse qui est visée par l'article 222 du code civil : *Si le mari est interdit ou absent, le juge peut, en connaissance de cause, autoriser la femme, soit pour ester en justice, soit pour contracter.*

Rien de plus juste que cette solution. Du moment que le mari est absent, il est juste que son autorité qu'il ne peut exercer lui-même passe au juge. Il n'y a, d'ailleurs, aucune distinction à faire entre les cas d'absence déclarée ou d'absence simplement présumée. C'est ce qui résulte de l'art. 863 du code de procédure civile : *Dans le cas de l'absence pré-*

sumée du mari, ou lorsqu'elle aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, présentera également requête au président du tribunal qui ordonnera la communication au ministère public et commettra un juge pour faire son rapport au jour indiqué.

Faut-il décider de même dans le cas de non présence ? La plupart des auteurs, en s'appuyant sur les termes de l'article 863 du code de procédure civile, qui ne parle que l'absence proprement dite, estiment qu'on ne doit pas en étendre les dispositions à cette hypothèse, et que la femme doit attendre le retour de son mari, ou obtenir son autorisation par lettre. Toutefois, certains d'entre eux admettent en s'appuyant sur des arguments d'utilité pratique, sur l'autorité de Pothier (1) et sur la déclaration formelle faite en ce sens au Conseil d'Etat par Tronchet (2), que si l'affaire présente a un caractère d'urgence, la femme peut s'adresser directement au juge, ce qui lui permettra de ne pas laisser échapper une occasion favorable. Cette opinion nous paraît très soutenable. On peut observer que le mot *absent* dans l'article 222 ne semble pas avoir été employé dans le sens strictement technique que lui donne le titre de l'absence, et quant à l'art. 863, on peut dire qu'il prévoit sans doute le cas d'absence, mais qu'il n'est pas limitatif.

(1) Pothier, introd. au titre x de la coutume d'Orléans, n° 149. *Puissance du mari*, n° 12: « Nos coutumes est-il dit dans ce dernier passage, permettent à la femme de se faire autoriser par le juge lorsque le mari est trop éloigné pour donner cette autorisation aussi promptement que la loi l'exige ».

(2) Disc. au c. d'Etat livre iv, p. 399 et 400, n° 40.

Un grand nombre d'auteurs pensent au contraire qu'il ne faut pas admettre cette restriction, et raisonnent de la façon suivante. Dans le cas de non présence, il n'y a pas, comme dans le cas d'absence impossibilité, pour la femme d'obtenir le consentement de son mari. La femme n'ignore pas l'endroit où se trouve son mari ; quoi de plus simple pour elle que de s'adresser à lui et sur son refus de le faire citer ? Ne serait-il pas à craindre autrement qu'elle ne profitât d'un voyage un peu long de son mari pour compromettre son patrimoine en faisant des actes d'aliénation sous prétexte d'urgence ? Malgré ces arguments, la solution contraire nous semble préférable : il y a, en effet, des cas où l'urgence est telle qu'il y a une véritable nécessité pour la femme à faire immédiatement un acte juridique ou à engager une procédure. Dans de semblables hypothèses le moyen le plus rapide pour elle d'obtenir satisfaction, tout en sauvegardant ses intérêts, est de s'adresser à la justice ; celle-ci ne lui accordera l'autorisation que tout autant qu'elle aura la conviction que l'acte est utile (1).

B. — Empêchements de droit

Ces empêchements proviennent de diverses incapacités qui frappent le mari. Ce sera d'abord la minorité.

A — MINORITÉ DU MARI

L'hypothèse est prévue par l'art. 224 du code civil : Si le

(1) Signalons à ce sujet qu'un décret de la délégation du Gouvernement de la défense nationale en date du 14 décembre 1870 avait permis aux femmes mariées qui seraient dans l'impossibilité, dûment constatée, d'obtenir l'autorisation maritale par suite de guerre, de se pourvoir de l'autorisation de justice.

mari est mineur, l'autorisation du juge est nécessaire à la femme, soit pour ester en jugement, soit pour contracter.

L'ancien droit reconnaissait la validité de l'autorisation donnée à la femme par le mari mineur. Cette solution s'expliquait à une époque où la nécessité de l'autorisation était fondée sur la seule puissance maritale. La qualité de mineur n'effaçait pas la qualité de mari. Toutefois, de la combinaison de ce principe avec cette autre règle que les actes passés par les mineurs ne peuvent leur préjudicier, il résultait une grande fragilité des actes faits par la femme autorisée de son mari mineur. C'est ainsi que le parlement de Paris, dans un arrêt du 22 juin 1673, statuant à propos de la vente d'un immeuble de la femme, dans laquelle par suite de la différence de valeur entre les immeubles échangés, la communauté avait éprouvé un préjudice, avait décidé la rescision pour cause de lésion de l'autorisation donnée par le mari mineur. Il en résultait que la femme se trouvait avoir contracté sans autorisation et que la vente était nulle (1).

Aujourd'hui que l'autorisation est fondée en outre sur l'intérêt de la famille et sur celui de la femme elle-même, le mari mineur n'a plus le droit d'autoriser sa femme. Du moment, en effet, que la loi ne lui suppose pas la maturité nécessaire pour diriger ses propres affaires, elle ne peut pas lui confier la surveillance de celles d'autrui.

Mais il faut tout de suite observer que comme le mari a été émancipé par le mariage, il peut autoriser la femme à accomplir les divers actes qu'il a qualité pour faire seul,

(1) Arrêt du parlement de Paris, du 22 juin 1673.

en vertu de son émancipation. Notamment, il aurait le droit de l'autoriser à ester en justice en matière mobilière (1) comme il pourrait ester sans l'assistance de son curateur pour son propre compte. C'est à peu près d'ailleurs le seul intérêt de la question, car en effet, pour les actes d'administration, de deux choses l'une : ou la femme se sera réservée par contrat de mariage le droit d'administrer son patrimoine, et alors le mari n'a aucune autorisation à donner ; ou le mari administre lui-même et la femme n'a pas alors besoin d'être autorisée.

Bien que le mari mineur n'ait pas qualité pour autoriser sa femme, les auteurs sont d'accord pour décider, et ceci s'applique aussi bien aux actes extrajudiciaires qu'aux actes judiciaires que le tribunal aurait tout intérêt avant d'autoriser la femme à demander des explications au mari sur l'affaire pour laquelle l'autorisation est sollicitée. A cet effet le mari sera cité devant la chambre du conseil.

La loi n'a prévu que l'hypothèse de la minorité du mari. Que faut-il décider si c'est la femme qui est mineure ?

Deux cas sont possibles.

1^{er} cas. — Ou bien la femme est mineure et le mari majeur. Il faut combiner ici les principes de l'autorité maritale et les règles relatives à la capacité du mineur émancipé. Donc, pour les actes ne dépassant pas la capacité d'un émanéipé, le mari interviendra pour accorder l'autorisation maritale, mais non comme curateur ; pour les

(1) Encore faut-il supposer comme le fait remarquer M. Planiol, t. 1, § 964, qu'il s'agit d'une femme séparée de biens, sans quoi l'exercice de l'action appartiendrait au mari.

actes de la femme qui dépassant sa capacité d'émancipée, le mari interviendra à la fois comme curateur et pour octroyer son autorisation. Enfin pour les actes soumis à certaines formes spéciales, comme l'autorisation du conseil de famille ou l'homologation du tribunal, la femme devra s'y conformer tout en étant dans la nécessité d'obtenir l'autorisation de son mari. C'est dans cette dernière catégorie d'actes que rentre l'autorisation du mari.

Dans l'hypothèse où le mari majeur n'exercerait pas la puissance maritale pour une cause quelconque, il serait remplacé sous ce rapport par le juge.

2^e cas. — *Le mari et la femme sont mineurs.*

Dans cette hypothèse, le mari n'est pas curateur ; son autorité passera à la justice et il faudra nommer dans chaque cas spécial un curateur *ad hoc*.

B. -- INTERDICTION DU MARI

Cette hypothèse est prévue, dans le même texte que l'absence, l'article 222 et la solution est la même : la femme doit recourir à la justice. L'autorisation du mari qui interviendra après le jugement, prononçant son interdiction, sera nulle en vertu de cette règle que ce jugement établit une présomption légale d'incapacité contre tous ses actes.

On s'est demandé si la solution devait être la même en ce qui concerne la femme nommée tutrice de son mari. La femme sera-t-elle dans ce cas soumise à la nécessité de l'autorisation judiciaire ? Nous pensons qu'il faut distinguer entre les actes que fait la femme agissant comme tutrice selon que ces actes intéressent les biens du mari et de la communauté, ou ses biens personnels.

Dans le premier cas, comme la femme agit au nom du mari, en vertu d'un mandat légal, il faut décider qu'elle peut accomplir sans autorisation les actes que le tuteur peut faire seul. Au contraire, elle devra requérir l'autorisation du conseil de famille toutes les fois qu'il s'agit d'un acte pour lequel cette autorisation est exigée. Enfin pour les actes exigeant l'homologation du tribunal, elle sera tenue de s'adresser à la justice. Toutes ces solutions sont parfaitement logiques et découlent de la notion même du mandat.

Dans le second cas, lorsque la femme accomplit des actes concernant ses biens personnels, il n'est pas douteux qu'elle puisse accomplir seuls les actes d'administration, soit que son droit découle du contrat de mariage, soit qu'il soit la conséquence de sa qualité de mandataire légal du mari. Mais la situation sera différente si les actes de la femme relatifs à ses propres biens dépassent les limites de l'administration. Ce n'est plus alors comme tutrice qu'elle agit, mais en son propre nom et elle devra obtenir l'autorisation de la justice.

Faisons application de ces principes à propos des actions en justice.

S'agit-il des intérêts mobiliers de son mari, la femme tutrice pourra plaider sans autorisation, parcequ'ici elle agit comme mandataire légale.

S'agit-il au contraire de ses propres intérêts mobiliers, elle aura besoin, pour plaider, de l'autorisation de justice. Toutefois, la question est controversée. Duranton (1) a pré-

(1) Cours de droit français, III, p. 693, n° 754.

tendu que dans cette hypothèse la femme n'avait pas besoin d'autorisation, parce que, dit-il, du moment qu'elle peut plaider sur les intérêts mobiliers de son mari, il semble étrange qu'elle n'ait pas le même pouvoir en ce qui concerne ses biens personnels. Il nous paraît difficile d'accepter cette théorie. Comme nous l'avons fait remarquer, les deux situations ne sont pas les mêmes. Dans la première, la femme agit comme tutrice de son mari, et elle doit avoir les droits du tuteur ordinaire, c'est-à-dire, dans l'espèce le pouvoir de plaider sans l'intervention d'aucune autorité. Dans la seconde, la femme agit en son propre nom, elle est, à ce titre, frappée d'incapacité et, comme son mari se trouve dans l'impossibilité de l'autoriser, il n'est que logique qu'elle soit obligée de demander l'autorisation de la justice.

Une question assez délicate s'est posée à propos de l'hypothèse où le mari, sans avoir été frappé d'un jugement d'interdiction, n'était pas sain d'esprit au moment où il a donné son autorisation. On s'est demandé si, dans cette hypothèse, il était possible d'attaquer cette autorisation pour insanité d'esprit.

Il semble qu'il faille résoudre la difficulté par une distinction, selon que le mari était ou non placé à cette époque dans une maison d'aliénés.

Si le mari n'était pas placé dans une maison d'aliénés, il n'y a aucune présomption d'insanité d'esprit contre lui, et il appartient à celui qui demande la nullité d'un acte fait par la femme dans ces circonstances, à démontrer le vice qui entachait le consentement du mari. Ce sera, pour les actes judiciaires, à l'adversaire en justice de la femme à

faire cette preuve, les juges devant avoir en cette matière une appréciation souveraine.

Si le mari était placé, à l'époque où il a donné son autorisation, dans un asile d'aliénés, il existe contre lui une forte présomption d'incapacité, sans que cette présomption se confonde avec la certitude. Certains auteurs estiment que ce serait encore au juge à apprécier si l'acte doit être annulé pour cause de démence (1). Cela leur paraît résulter de l'article 39 de la loi de 1838 qui, à la différence de l'article 502, ne déclare pas nuls de droit les actes faits par l'aliéné, mais permet seulement de les attaquer pour cause de démence.

Nous croyons au contraire, que dans ce cas, et nous nous appuyons sur l'autorité de MM. Aubry et Rau et Planiol, l'autorisation de justice est nécessaire comme en cas d'interdiction. Cette solution est bien préférable dans l'intérêt des tiers et de la famille elle-même (2).

Enfin, une troisième opinion, défendue par M. Laurent, donne à la femme une alternative, ou bien d'obtenir l'autorisation de son mari dans un intervalle lucide de ce dernier, ou bien provoquer l'interdiction et se faire ensuite autoriser par justice.

Dans cette thèse, la femme n'aurait donc jamais le droit de se faire autoriser directement par les tribunaux. L'argument principal qu'invoque M. Laurent (3), à savoir que le

(1) Dans ce sens Demolombe, iv, n° 225, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2284.

(2) Dans ce sens Aubry et Rau, t. v, Planiol, t. I, n° 965.

(3) Laurent, III, n° 130.

juge ne peut intervenir que lorsque le mari est dans l'impossibilité de manifester sa volonté, nous paraît se heurter à la loi de 1838 qui établit, à l'encontre du mari, une présomption d'incapacité assez forte pour motiver le recours aux tribunaux.

Examinons maintenant, pour terminer la matière de l'interdiction, le cas où la femme est interdite.

Ici encore il faut distinguer deux hypothèses :

1^{re} Hypothèse. — Le tuteur de la femme est le mari, conformément à l'article 506. C'est le cas habituel on se bornera à appliquer les règles ordinaires de la tutelle.

2^e Hypothèse. — C'est un tiers qui est tuteur et non le mari. Cette hypothèse, très rare, se présentera lorsque le mari est excusé, exclu ou destitué.

Le tuteur pourra faire seul, en qualité de mandataire légal, les actes que la femme pouvait faire seule avant son interdiction, en vertu, par exemple, d'une séparation de biens ou comme paraphernale. Quant à ceux pour lesquels il fallait une autorisation de justice, et c'est le cas des actions en justice, on admet généralement que le tuteur n'aura pas besoin de consulter le mari, ni la justice, car l'autorité maritale étant fondée sur la soumission que les femmes doivent à leur mari suppose qu'elles ont la jouissance de leur raison et qu'elles agissent par elles-mêmes (1). Certains auteurs estiment cependant qu'il faut, dans cette hypothèse, soumettre le tuteur à l'autorisation maritale

(1) Dans ce sens cour d'Amiens, S. 1826.2.199,

parce que, du moment qu'il représente la femme, il doit être placé dans la même situation qu'elle (1).

c) Dation au mari d'un conseil judiciaire

Dans cette hypothèse, la question de savoir si le mari conserve le droit d'autoriser la femme ou s'il faut lui appliquer l'article 222 est controversée, en présence du silence de la loi.

Certains auteurs décident que le mari doit conserver le droit d'autoriser sa femme parce que les incapacités étant de droit étroit ne peuvent s'étendre d'un cas à un autre (2).

D'autres pensent que le mari peut autoriser seul sa femme toutes les fois qu'il s'agit d'un acte que lui-même pourrait faire sans l'assistance de son conseil, mais que l'assistance de ce conseil lui serait nécessaire chaque fois qu'il s'agirait d'un acte que lui-même ne peut pas accomplir sans cette formalité, ce qui serait le cas de l'action en justice (3).

Nous estimons qu'il est préférable d'assimiler à l'interdit l'individu pourvu d'un conseil judiciaire, et d'obliger, dans ce cas, la femme à solliciter l'autorisation de justice pour les actes dépassant la capacité de son mari.

En faveur de cette opinion, on peut remarquer qu'il existe dans le code civil de très nombreuses dispositions qui

(1) Dans ce sens Demolombe, t. iv, n° 228, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. iii, n° 2288.

❧ (2) Duranton, t. ii, n° 506.

(3) Voir pour l'action en justice, cass. 11 août 1840, D. rep., v° Mariage p 418, note 2.

paraissent spéciales aux interdits et qui ont été étendues par la doctrine et par la jurisprudence aux personnes pourvues d'un conseil judiciaire. Cette solution est d'ailleurs en harmonie avec la théorie du code qui veut que la femme obtienne l'autorisation de justice chaque fois que le mari ne peut pas l'autoriser seule; ainsi en est-il dans le cas de minorité du mari. En étendant cette thèse aux actes judiciaires, il faut décider que la femme dans cette hypothèse ne peut plaider sans l'autorisation de justice (1). Nous détachons d'un jugement du tribunal de Bordeaux, en date du 17 février 1869, un passage qui résume d'une façon très claire les arguments dans ce sens en ce qui concerne les actions judiciaires : « Attendu qu'il paraît impossible d'admettre que celui qui est incapable d'accomplir un acte ait cependant le pouvoir de donner, à un autre, capacité pour faire cet acte; que sous l'ancienne jurisprudence, le prodigue ne pouvait autoriser sa femme; que rien n'indique que les rédacteurs du code aient voulu déroger à une pratique aussi raisonnable; que la disposition de l'article 222 qui oblige la femme de l'interdit à obtenir l'autorisation du juge, doit donc être entendue dans le sens large et comprend tout aussi bien le prodigue que l'interdit. Attendu que la dame Meller n'est autorisée que par son mari qui est lui-même placé sous l'autorité du conseil judiciaire; que Gilbert est fondé à opposer à la dame Meller le défaut d'autorisation et qu'il y a lieu de surseoir, pendant un cer-

(1) Dans ce sens Demolombe, t. iv, n° 226, Aubry et Rau t. v. § 472, p. 148, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. iii, n° 2287.

tain temps, durant lequel la dame Meller sera tenue de se pourvoir d'une autorisation régulière, etc. (1)

d) Condamnation du mari à une peine afflictive et infamante

L'art. 221 qui vise cette hypothèse est ainsi conçu :
« Lorsque le mari est frappé d'une condamnation comportant peine afflictive ou infamante, encore qu'elle n'ait été prononcée que par coutumace, la femme même majeure, ne peut, pendant la durée de la peine, ester en jugement ni contracter, qu'après s'être fait assister par le juge, qui peut en ce cas donner l'autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé ».

Dans cette hypothèse le condamné est privé de l'autorité maritale à raison de son indignité qui le met dans l'impossibilité légale d'exercer ses droits (2). Aussi la loi oblige-t-elle la femme à s'adresser à la justice, et cela même dans le cas où elle serait majeure.

Pendant combien de temps va durer cette incapacité ? Il faut distinguer si le mari a été condamné à une peine perpétuelle ou à une peine temporaire. Dans le premier

(1) D.P. 69.2.35. Egalement dans ce sens, cass. civ., 6 décembre 1876, D.P. 77.1.307.

(2) C'est tout au moins le motif que donnent la plupart des auteurs de cette disposition. M. Planiol fait remarquer que ce n'est peut être pas là la véritable raison de la loi. Le texte est plutôt dirigé contre la femme que contre le mari. Le législateur paraît avoir craint que la femme dont le mari condamné pour crime, serait au bagne ou en fuite, se considérât comme affranchie de la puissance maritale et capable d'agir seule. (Planiol, tome I, § 967).

cas il est déchu pour toute la vie du droit d'autoriser sa femme. Au contraire, dans le deuxième cas, le mari recouvrera ce droit à l'expiration de la peine, indépendamment de toute réhabilitation ou de toute amnistie qui efface la condamnation. C'est ce qui paraît résulter des mots « *pendant la durée de la peine* », qui figurent dans l'article sus-visé.

Ces mêmes mots ont donné lieu à une difficulté. On s'est demandé si la dégradation civique priverait le mari du droit d'autoriser sa femme. Si l'on décide affirmativement sous prétexte qu'elle est une peine infamante, on est conduit à dire que le mari sera perpétuellement privé de ce droit, car la dégradation civique est une peine perpétuelle, Delvincourt s'était rangé à cette opinion (1), il considérait comme inutiles les mots en question et en concluait que le mari ne pouvait plus jamais autoriser la femme à quelque époque que ce soit, à moins qu'il n'obtint sa réhabilitation.

Nous pensons que cette interprétation doit être repoussée; d'une part, parce qu'elle aboutit à supprimer dans notre disposition la partie qui limite la durée de la déchéance et que, d'autre part, l'article 34 du code pénal qui énumère toutes les incapacités auxquelles est soumise la personne qui a encouru la dégradation civique, ne parle pas de celle d'autoriser sa femme (2).

On aurait pu élever des doutes sur la question de savoir

(1) Tome 1, p. 79, note 18.

(2) Dans ce sens Aubry et Rau, v, § 472, Demolombe, iv, n° 216, Demante, I, n° 304 bis, II et III, Duranton, II, n° 507, Huc, II, n° 268, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes*, t. III, p. 814.

si la condamnation par coutumace produirait le même effet contre le mari que celle prononcée contradictoirement, mais la loi a eu soin de vider elle-même la difficulté dans l'art. 221 en déclarant le mari incapable dans les deux cas.

Qu'arrivera-t-il si la femme dont le mari a été condamné à une peine afflictive ou infamante, ne demande pas l'autorisation de la justice, étant défenderesse dans un procès ? Dans ce cas la femme est investie du droit de demander la nullité, en se fondant sur la violation de l'article 221. Il semblera peut être surprenant que la femme puisse invoquer sa négligence comme cause de nullité, mais il ne faut pas perdre de vue que l'art. 221 constitue une disposition d'ordre public et que c'est aux personnes qui intentent une action contre la femme à s'assurer de sa capacité.

La jurisprudence de la cour de cassation a fait une application intéressante de cette règle dans un arrêt du 20 novembre 1854 (1). La chambre civile a jugé à cette occasion que la femme mariée dont le mari est frappé d'une peine afflictive et temporaire, ne peut ester en jugement qu'avec l'autorisation du juge, et que, par suite, la décision rendue contre elle sans que cette autorisation soit intervenue, est nulle, dans le cas même où le curateur à l'interdiction du mari y aurait été présent : « Attendu, est-il dit dans l'arrêt, que Lamarche ayant été frappé d'une condamnation emportant peine afflictive et infamante, sa femme ne pouvait ester en justice qu'avec l'autorisation du juge ; que cette autorisation ne lui a été conférée ni devant le tribunal de Coutances, ni devant la cour impériale de Caen ; que la

(1) D. P. 1854.1.458.

nullité qui en résulte est d'ordre public ; qu'elle peut être proposée pour la première fois devant la cour de cassation ; qu'Eude, partie adverse de la femme Lamarche doit s'imputer de n'avoir pas provoqué l'accomplissement de formalités nécessaires à la validité des décisions à intervenir avec elle, que la présence du curateur à l'interdiction de Lamarche ne suffisait pas pour habilitier la femme Lamarche ; que ce curateur, simple administrateur temporaire des biens du mari, ne le représentait pas dans l'exercice des droits dérivant de la puissance maritale, et qu'à son défaut la femme ne pouvait être autorisée que par le juge etc. . . »

Cette décision se justifie par cette considération que le curateur n'est qu'un administration temporaire des biens du mari, et ne peut pas le représenter dans l'exercice des droits de la puissance maritale.

Nous venons ainsi d'examiner les cas où l'autorisation de justice doit nécessairement intervenir à la place de celle du mari. Mais il ne faut pas faire entrer dans ces cas, bien qu'il y ait eu des doutes à ce sujet, l'hypothèse où le mari est sourd-muet, et celles où il est en état de faillite ou de liquidation judiciaire, ou a fait cession de ses biens. Disons quelques mots sur chacune de ces hypothèses.

a) *Cas du mari sourd-muet.* — L'autorisation de plaider, comme d'ailleurs celle de contracter donnée par le mari à sa femme, est pleinement valable, pourvu qu'il soit démontré qu'il était en état de se faire comprendre (1).

b) *Cas du mari failli ou en liquidation judiciaire ou ayant fait cession de biens.* — Ici le principe apparaît certain.

(1) Demolombe, t. iv, n° 221.

Aucun de ces événements n'a enlevé au mari le pouvoir d'autoriser la femme, et il n'est nullement besoin de recourir à l'intervention de la justice. Ce ne sera que dans le cas de refus du mari que cette intervention sera nécessaire (1).

SECTION III

Formes de l'autorisation de justice

Nous allons résumer aussi rapidement que possible cette matière assez compliquée.

Deux hypothèses doivent être distinguées, celle où la femme elle-même demande l'autorisation de justice et celle où cette autorisation est sollicitée par un tiers qui plaide contre la femme :

*1^{re} hypothèse. — Autorisation de justice demandée
par la femme elle-même*

REFUS DU MARI

Ce cas est visé par l'article 218 du code civil dont nous rappelons la rédaction : « *Si le mari refuse d'autoriser la femme à ester en jugement, le juge peut donner l'autorisation* ».

Le code ne s'occupe pas des formes qui devront être employées par la femme pour demander l'autorisation de la justice pour ester en jugement, tandis que dans son article 219, il décide à propos des contrats, que la femme, devant le refus de son mari à l'autoriser à passer un acte, peut le faire citer directement devant le tribunal de première ins-

(1) Dans ce sens Demolombe, t. iv, n° 230, Huc, t. ii, n° 27. Beudant, t. i, n° 333, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. iii, n° 2292, Lyon-Caen et Renault. *Traité de droit commercial*, t. viii, n° 208.4°.

tance de l'arrondissement du domicile commun, aux fins d'obtenir l'autorisation qui lui est nécessaire. On a été dès lors amené à se demander quelle était la procédure qui devait être employée par la femme. L'art. 861 du code de procédure civile relatif à la poursuite des droits de la femme est ainsi conçu : « *La femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits après avoir fait une sommation à son mari, et sur le refus par lui fait, présentera requête au Président qui rendra ordonnance portant permission de citer le mari, à jour indiqué à la chambre du Conseil, pour déduire les causes de son refus* ».

Bien que la question ait été controversée, la majorité des auteurs décide aujourd'hui que ce texte vise également les cas où la femme veut contracter et ceux où elle veut ester en jugement (1). La loi n'avait aucune raison pour faire une distinction et elle ne l'a pas faite. D'ailleurs on peut remarquer que les articles 863 et 864 du code de procédure civile qui visent le cas où le mari est interdit ou absent, ne font aucune distinction entre le cas où la femme demande l'autorisation pour contracter ou pour ester en jugement.

Plusieurs questions se posent sur cette procédure. Il nous faut les étudier rapidement.

Quel sera tout d'abord le tribunal compétent ? Les articles 218 du code civil et 861 du code de procédure civile sont muets sur ce point. Le seul qui s'en occupe est l'article 219 du code civil en matière extra-judiciaire. Mais

(1) Aubry et Rau, t. v, § 472 texte et note 34, Demolombe, t. iv, n° 254, Beudant, t. i, n° 330, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. iii, n° 2298.

nous venons de voir qu'il n'y a aucune raison pour ne pas appliquer aux actes judiciaires les règles des actes extrajudiciaires, et il faut observer d'ailleurs, qu'il est difficile de voir quel autre tribunal pourrait être saisi.

Ce n'est pas seulement la question de compétence du tribunal devant juger la demande en autorisation qui doit être tranchée dans ce sens, mais aussi celle qui a trait à la compétence du président qui doit recevoir la requête de la femme. La femme ne devra donc pas s'adresser, pour cet objet, au Président du tribunal qui doit connaître de l'affaire, parce que ce tribunal n'est pas encore saisi, et que d'autre part, la demande d'autorisation constitue une instance préalable pour laquelle il faut appliquer les règles de l'article 59 du code de procédure civile. Par exception, la loi du 12 juillet 1907, art. 16, a donné aux juges de paix le pouvoir d'autoriser une femme mariée à ester en jugement devant leur tribunal, lorsqu'elle n'obtient pas cette autorisation de son mari entendu ou dûment appelé par voie de simple avertissement.

Il en est de même devant les conseils de prud'hommes aux termes de l'article 36 de la loi du 27 mars 1907.

Ce point dégagé, examinons ce que doit faire la femme.

Si le mari est présent et capable de donner son autorisation, la femme doit le mettre en demeure de le faire et faire constater son refus par une sommation. La jurisprudence avait autrefois admis que, lorsqu'il résulte suffisamment des circonstances que le mari refuse l'autorisation, cette sommation était inutile, mais elle est revenue aujourd'hui à une plus saine appréciation de la loi et décide que la sommation doit toujours être faite sans que les juges aient

le droit d'en dispenser la femme. Cet acte a donc un caractère d'ordre public et son omission entraînerait la nullité de la procédure.

Après la sommation qui contiendra un exposé de l'affaire pour laquelle l'autorisation est demandée, un délai sera laissé au mari pour lui permettre d'examiner s'il doit accorder ou refuser son autorisation. Aucun texte ne s'occupe de ce délai qui est, par conséquent, arbitraire et laissé à l'appréciation du juge. Les auteurs estiment généralement comme suffisant un délai de vingt-quatre heures (1).

A l'expiration du délai laissé au mari et dans le cas de refus ou de silence de sa part, la femme présentera une requête au Président du tribunal qui est, comme nous le savons, celui du domicile du mari. Mais il peut se faire que le mari n'ait ni domicile ni résidence connus en France. Les auteurs sont d'accord pour admettre que dans cette hypothèse, le tribunal compétent sera celui du domicile de la femme.

L'audition du mari aura lieu en chambre du conseil. La question s'est posée de savoir s'il devait en être de même des plaidoiries, des conclusions du ministère public et du jugement. La jurisprudence décidait autrefois que toute la procédure devait se passer à la chambre du conseil, par dérogation au droit commun et elle fondait cette solution sur l'opinion admise dans l'exposé des motifs du code de procédure civile, sur les paroles de Bernier, orateur du

(1) Dans ce sens, Carré, lois de la procédure, t. vi, quest. 2918
Garsonnet, traité de la procédure civile, 2^e édit., t. vii, § 2656.

Gouvernement (1) et sur cette considération qu'il s'agit d'une affaire dont le caractère est essentiellement domestique, et dont la publicité pourrait être préjudiciable aux époux. Les auteurs et les arrêts estiment, au contraire, aujourd'hui, que tout au moins le jugement doit être rendu publiquement. Quel a été le but de la loi ? De renfermer les débats dans le secret de la chambre du conseil, mais il n'y a aucune raison à ce que le jugement ne soit pas rendu publiquement. C'est en effet un principe de droit consacré par de nombreux textes, que tous les jugements et arrêts soient rendus en audience publique à peine de nullité, à moins d'un texte formel qui n'existe pas dans notre cas.

C'est cette thèse qu'à admise la cour de Lyon dans un arrêt en date du 16 décembre 1871. Nous en détachons le passage suivant : « Attendu, en droit, que les » jugements et arrêts doivent être rendus en audience publique, à peine de nullité (loi du 24 août 1790, titre II, » art. 4, loi du 20 avril 1810, art. 71) ; que ce principe est » d'ordre public, et qu'il est essentiel de le maintenir, à » raison des garanties importantes qui en résultent. Attendu, dès lors, qu'aucune exception ne doit y être apportée, si elle n'est écrite dans la loi, ce qui ne se rencontre » pas, en matière d'autorisation de femme mariée, soit pour » ester en justice, soit pour contracter ; qu'en effet, il ne » faut pas confondre les débats avec le jugement ; qu'à » raison de la nature de la contestation entre l'époux et » l'épouse, le législateur a pu vouloir que les débats n'eus-

(1) Voir Loqué, législation civile, t. XXIII, p. 152.

» sent pas une publicité regrettable (art. 861, code proc. civile) sans trouver des motifs suffisants pour étendre » l'exception au jugement (art. 862) (1), etc... »

Il faudra donc considérer comme nul un jugement en cette matière qui n'aurait pas été prononcé en audience publique, mais nous estimons que cette nullité ne serait pas encourue si les plaidoiries des avocats et les conclusions du ministère public avaient eu lieu et avaient été données en la chambre du conseil (2).

Quels vont être les pouvoirs du Tribunal ? Ces pouvoirs sont absolus. Il n'est nullement tenu d'accorder l'autorisation sollicitée par la femme. Investi de la puissance maritale, il aura le devoir d'examiner avec le plus grand soin si la demande est fondée et si elle est réellement conforme aux intérêts de la femme et de la famille. Il a même été décidé dans ce sens que le refus de la femme de réintégrer le domicile conjugal ne justifiait pas le refus, par le mari, de donner son autorisation (3).

Quel sera le caractère de l'autorisation de justice qui interviendra ? Ici encore il faut appliquer les principes que nous avons déjà rencontrés à propos de l'autorisation maritale. Pour les actes judiciaires, comme, d'ailleurs, pour les actes extra-judiciaires, c'est la règle de la spécialité qui sera observée. Le tribunal octroiera l'autorisation pour une

(1) Lyon, 16 décembre 1871, D. 1872.2.120.

(2) Dans ce sens Boitard, Colmet-Daage et Glasson. Leçons de procédure civile, t. II, n° 1107, Bertin, Chambre du conseil, t. II, 855 et suiv. Garsonnet et Cézard-Bru, t. II, § 553.

(3) Toulouse 23 février 1832 D. Rep. v° mariage, n° 896.

instance déterminée et aura, par voie de conséquence, le droit de la subordonner à certaines conditions,

b) Cas du mari absent ou incapable

Le cas du mari absent est prévu par l'article 863 du code de procédure civile. D'après ce texte, lorsque le mari est absent ou présumé absent, ou lorsque son absence aura été déclarée, la femme qui voudra se faire autoriser à la poursuite de ses droits, présentera requête au président du tribunal qui ordonnera la communication au ministère public et commettra un juge pour faire son rapport à jour indiqué. Les auteurs sont d'accord pour décider que la femme doit joindre à sa requête le jugement déclaratif d'absence ou celui qui ordonne l'enquête, ou à défaut, un acte de notoriété.

La procédure sera la même pour le cas d'interdiction (art. 864 c. p. c.).

Au cas où le mari sera pourvu d'un conseil judiciaire, la femme devra présenter le jugement qui a nommé le conseil judiciaire, et s'il est interné dans un asile d'aliénés, le certificat constatant son entrée dans l'asile.

Ce sont les mêmes formes qui seront suivies dans l'hypothèse d'un mari frappé d'une condamnation emportant peine afflictive ou infamante. Il est vrai que le code de procédure ne vise pas ce cas, mais cette solution doit s'induire de l'article 221 du code civil qui permet au tribunal de donner son autorisation sans que le mari ait été entendu ou appelé. La femme joindra à sa requête le jugement de condamnation sans faire de sommation au mari.

Enfin, le mari peut être mineur. Cette hypothèse a donné

lieu à quelques difficultés. Un point certain est qu'il n'est pas besoin de faire sommation au mari, cette formalité serait, en effet, sans objet, puisque le mari mineur ne peut ni accorder, ni refuser l'autorisation. Mais on peut se demander, et c'est ici qu'il y a doute, s'il doit être appelé devant la chambre du conseil pour donner son avis. Certains auteurs, notamment Toullier (1), l'admettent sous le prétexte que, bien que mineur, le mari exerce la puissance paternelle, et aussi parce qu'à raison de la connaissance qu'il a des affaires de sa femme et de ses propres affaires, il peut fournir d'utiles renseignements au tribunal. Cette opinion est aujourd'hui généralement repoussée. On a fait observer, avec beaucoup de raison, que l'obligation de citer le mari placerait celui-ci dans une situation bizarre, puisque tout en étant incapable d'autoriser lui-même sa femme, il serait considéré comme étant légalement apte à s'expliquer devant la chambre du conseil. Néanmoins, il semble que si la loi ne prescrit pas d'appeler le mari mineur, il faut reconnaître au tribunal la faculté de l'entendre à titre officieux, s'il le juge utile (2).

APPEL DU JUGEMENT

Le jugement sur la demande d'autorisation a été rendu; l'appel est-il possible? Cela ne fait pas de doute. Il n'y a pas de texte en la matière, mais les principes généraux suffisent pour faire admettre cette voie de recours.

(1) T. II, n° 653.

(2) Demolombe, t. IV, n° 253, Aubry et Rau, t. V, n° 472, note 44, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2301.

Cet appel peut émaner soit du mari, soit de la femme.

La procédure en appel aura-t-elle lieu dans la même forme que celle de première instance, c'est-à-dire en chambre du conseil, sauf à prononcer publiquement le jugement, ou sera-t-elle entièrement publique?

La jurisprudence s'était autrefois prononcée dans ce dernier sens, parce que la publicité est une règle de droit commun et qu'il n'y a pas lieu d'y déroger, à moins d'un texte spécial qui n'existe pas. Cette opinion est aujourd'hui abandonnée. Les arrêts et les auteurs sont unanimes pour admettre qu'il faut suivre exactement la même procédure qu'en première instance. Les motifs sont, en effet, identiques : le désir de tenter de nouveau une conciliation et surtout d'éviter une publicité que la qualité des parties et la nature du débat rendraient toujours fâcheuse. Les débats auront donc lieu en chambre du conseil et l'arrêt sera rendu à l'audience.

Nous avons vu à propos de l'autorisation maritale que la femme a besoin d'une autorisation nouvelle pour chaque degré de juridiction. La même règle doit être appliquée lorsque la femme veut interjeter appel du jugement que lui a refusé l'autorisation de plaider, mais devra-t-elle porter sa demande devant le tribunal du domicile du mari ou à la cour d'appel? Certains arrêts avaient décidé autrefois que la compétence devait appartenir au tribunal du domicile du mari, parce que la comparution des époux y serait plus facile et entraînerait moins de frais (1). Aujourd'hui, au con-

(1) Dans ce sens, cass. 25 janvier 1843. D. Rep. v^o mariage, n^o 907, Aix 13 mars 1862, D. 1862.2.194.

traire, la grande majorité des auteurs et la jurisprudence estiment que c'est devant la juridiction compétente pour connaître de l'appel que la demande de la femme doit être portée, et qu'on ne peut soumettre la question de l'opportunité de l'appel au tribunal du domicile des époux, soit qu'il ait lui-même rendu le jugement, soit que le jugement émane d'un autre tribunal. Cette solution s'explique par cette considération que l'ordre des juridictions s'oppose à ce qu'un tribunal de première instance accorde ou refuse par jugement, l'autorisation de tenter de faire réformer un autre jugement (1).

La femme qui veut interjeter appel doit suivre les formalités des articles 861 et suivants du code de procédure civile ; il lui faudra demander l'autorisation par des conclusions sur lesquelles la cour statuera en même temps que sur le fond du litige. Au cas où le mari ne serait pas dans la cause, elle doit l'appeler devant la cour pour qu'il fasse connaître les motifs de son refus d'autorisation (2).

Pourvoi en cassation. — La règle que nous venons d'indiquer pour l'appel sera-t-elle la même dans le cas de cassation ? Il semblerait que oui, car on peut difficilement admettre qu'un tribunal puisse autoriser la femme à critiquer

(1) En ce sens Demolombe, t. iv, n° 262, Bertin, chambre du conseil, 2^e édit., t. II, n° 908, Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2299, Montpellier 18 mai 1874, S. 76.2.78, Paris 6 juin 1882, S. 1885.2.116. Chambéry 19 mars 1888, S. 1888 2.195. Req. 7 juillet 1898, D.P. 99.1.557. Voir cependant en sens contraire Aubry et Rau, t. v, n° 472, texte et note 35, Huc. t. II, n° 258.

(2) Dans ce sens, Paris 21 février 1883, D.P. 84.2.173.

sa propre décision et celle d'un autre tribunal et surtout celle d'une cour. C'est bien en effet, dans ce sens que se prononce Demolombe (1). Mais la jurisprudence est d'un avis contraire et plusieurs arrêts ont admis que le tribunal du domicile du mari peut valablement accorder à la femme l'autorisation de se pourvoir en cassation (2).

2^e hypothèse. — Femme défenderesse ne sollicitant pas elle-même l'autorisation d'ester en jugement.

Nous allons nous trouver ici en présence d'une procédure qui diffère entièrement de celle employée dans la première hypothèse. Il ne saurait être question d'appliquer les articles 862, 863 et 864 du code de procédure civile qui sont spéciaux au cas où la femme demande à être autorisée à poursuivre ses droits. Il appartiendra au tiers qui se propose d'assigner la femme d'assigner en même temps le mari devant le tribunal à l'effet de l'autoriser, et si le mari ne comparait pas ou refuse l'autorisation, à demander par des conclusions spéciales à ce que celle-ci soit accordée par le tribunal saisi de l'action.

D'après MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, si le mari est dans l'impossibilité physique ou légale d'autoriser sa femme, il doit suffire au demandeur de conclure à ce que la femme soit autorisée par le tribunal devant lequel elle est assignée (3). Cette solution économise des frais et

(1) T. IV, n° 263.

(2) Civ. 27 mai 1846, S. 46.1.747, Bordeaux 11 août 1851, Devil 1851, 2.757.

(3) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes*, t. III, n° 2305. Dans le même sens, M. Planiol, t. I, § 974,

évite des complications et elle nous paraît préférable à celle de M. Demante d'après laquelle le demandeur doit assigner la femme à comparaître dûment autorisée, et ce serait à elle dans les délais de l'ajournement, à se pourvoir de l'autorisation dans la forme tracée par les articles 863 et 864 du code de procédure (2).

Devant quel tribunal le mari sera-t-il appelé pour donner son autorisation ? Devant le tribunal saisi de la demande principale, et ce sera ce même tribunal qui sera compétent, en cas de refus de sa part pour autoriser la femme. C'est en partant de ce principe indiscutable que la jurisprudence a décidé à plusieurs reprises, qu'un tribunal de commerce pouvait valablement accorder l'autorisation parce que cette autorisation n'est qu'un incident de la cause principale (3). Depuis la loi du 12 juillet 1905 et par argument de l'article 16, il faut accorder le même droit au juge de paix, et c'est également la solution que donne expressément la loi du 27 mars 1907 en ce qui concerne le conseil des prud'hommes.

En cas de refus du mari, le tribunal peut accorder ou refuser l'autorisation à la femme. Il est libre d'ailleurs de statuer sur l'autorisation en même temps que sur la demande principale et il n'est nullement tenu de donner cette autorisation préalablement à l'instruction de l'affaire. Ce que nous

(2) Demante I n° 299 bis

(3) Dans ce sens, Demante et Colmet de Santerre, t. I, n° 306 bis. Huc. t. II, n° 256. Beudant, t. I, n° 330. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2303. Cass. 17 août 1813, D. Rep. v° mariage. n° 905. Bordeaux 4 avril 1849, D. 1852.2.43 et 44.

disons du cas du refus s'applique également au cas où le mari assigné ne comparaît pas.

Une question très discutée est celle de savoir si l'autorisation du tribunal doit être expresse. Plusieurs auteurs l'ont soutenu, en prétendant qu'on ne pourrait pas induire cette autorisation de ce que le tribunal a laissé plaider la femme et vider la contestation. MM. Baudry Lacantinerie et Hougues Fourcade, notamment font remarquer dans ce sens que cette solution qui résulte de l'article 16 *in fine* de la loi du 12 juillet 1905 sur les juges de paix, n'est que l'application d'une règle générale d'après laquelle l'autorisation ne doit être accordée à la femme qu'en connaissance de cause; ils ajoutent que lorsqu'il est prouvé qu'en résistant à la demande, la femme court à une condamnation inévitable; le juge doit pouvoir, tout comme le mari, l'empêcher de s'engager dans un débat dont elle ne peut sortir qu'à sa confusion (1).

Malgré l'autorité de ces auteurs, nous estimons que l'autorisation du tribunal peut résulter virtuellement de la condamnation prononcée au profit du demandeur, alors que celui-ci après avoir assigné conjointement les deux époux, a formellement conclu à ce que cette autorisation fût accordée à la défenderesse (2).

C'est ainsi que la cour de cassation a jugé en matière d'expropriation que l'autorisation pour la femme d'ester en jugement doit virtuellement s'induire des circonstances

(1) Baudry-Lacantinerie et Hougues-Fourcade. *Des personnes*, t. III, p. 829, 830.

(2) Dans ce sens, Cass. 5 juillet 1881, D. 1881.1.71.

lorsque l'expropriant a fait notifier des offres non seulement à la femme propriétaire de l'immeuble exproprié, mais au mari pris tant en son nom personnel que pour la validité à l'égard de sa femme, et que le mari et la femme ont conjointement signifié leur refus des offres et le chiffre de leur demande (1).

Mais si la preuve de l'autorisation donnée à la femme pour ester en justice ne résultait pas des qualités, des motifs, ou du dispositif du jugement, celui-ci serait nul.

SECTION IV

Epoque à laquelle doit intervenir l'autorisation de justice.

Les arrêts sont unanimes pour décider qu'il n'est pas indispensable que l'autorisation de justice intervienne avant le commencement de l'instance; l'essentiel est qu'elle soit donnée avant le jugement définitif (2): « Considérant, dit l'arrêt de Paris cité en note, que si, aux termes des articles 215 et 218 du code civil, la femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari ou celle de la justice, la loi ne prononce point la nullité de la citation qui aurait été donnée à la requête de la femme sans qu'elle ait été préalablement autorisée; qu'il en résulte seulement pour son adversaire qui a intérêt à avoir pour légitime contradic-

(3) C. cass. civ., 18 juillet 1904, D.P. 1905.5.24.

(2) Dans ce sens, civ. 15 décembre 1847, D.P. 48.5.19, Paris 4 décembre 1875, D.P. 76.2.209.

teur une personne régulièrement habilitée, le droit d'exiger que la femme demanderesse se fasse autoriser, au cours de l'instance, avant que le jugement soit prononcé; que l'autorisation qui intervient dans ce cas suffit pour couvrir et réparer le vice résultant de l'incapacité personnelle de la femme; que dans l'espèce, si la femme Laurent sans être autorisée, a assigné son mari le 6 novembre 1874, elle a obtenu l'autorisation de la justice le 19 décembre suivant, avant qu'ait été rendu le jugement en date du 12 janvier 1875; que, par suite, c'est à tort que les premiers juges, sans tenir compte de l'habilitation de la femme demanderesse, ont prononcé la nullité de son assignation. »

Il importe toutefois, de faire une distinction lorsqu'il s'agit d'instance devant la cour d'appel ou devant la cour de cassation selon que la femme est demanderesse ou défenderesse. Dans la première hypothèse, dans ces deux sortes d'instances, la cour doit surseoir à statuer jusqu'à ce que la femme se soit fait autoriser; un délai lui sera accordé pour rapporter l'autorisation refusée et si elle ne satisfait pas à cette prescription, sa demande sera rejetée (1). Au contraire, lorsque la femme est défenderesse, ses adversaires sont tenus, à peine de nullité de la procédure, de la faire pourvoir de l'autorisation avant l'expiration des délais de l'appel ou de pourvoi (2).

Nous avons ainsi terminé la première partie de notre

(1) Bordeaux, 24 février 1842, D. rep. *mariage* 781, 1^o Bordeaux 3 mars 1851, D.P. 52.2.44.

(2) Req. 5 mai 1858, D.P. 58.1.286, Poitiers 16 février 1881, D.P. 81.2.136.

étude qui était relative à l'autorisation maritale et à l'autorisation de justice envisagées à un point de vue général. Il nous faut maintenant aborder ce qui a trait aux effets de l'autorisation et du refus d'autorisation.

CHAPITRE IV

EFFETS DE L'AUTORISATION OU DU REFUS DE L'AUTORISATION

Nous diviserons ce chapitre en deux sections. La première sera consacrée aux effets de l'autorisation, la seconde aux effets du refus d'autorisation.

SECTION I

Effets de l'autorisation

§ 1^{er} Effets de l'autorisation vis-à-vis de la femme

L'autorisation va produire un effet général que nous trouvons exprimé par Pothier dans les termes suivants : « L'effet de l'autorisation est de rendre la femme aussi capable de l'acte pour lequel elle est autorisée, qu'elle le serait si elle n'était pas mariée. » (1) Ce principe s'applique d'ailleurs également aux actes judiciaires et aux actes extrajudiciaires.

(1) Pothier op. cit. n° 76.

La femme étant relevée de son incapacité ne peut donc plus attaquer ses actes pour cause d'incapacité, mais il va de soi qu'elle peut se prévaloir des autres vices dont ils peuvent être atteints (1).

L'autorisation accordée à la femme doit être interprétée dans un sens restrictif par application du principe de la spécialité que nous avons déjà étudié. C'est ainsi, pour nous en tenir aux actes judiciaires, les seuls qui doivent nous occuper, que la femme qui a été autorisée à plaider n'est pas pour cela habilitée à transiger. La raison en est que la transaction aboutirait au moins en partie à l'abandon des droits que la femme doit faire respecter; il faudrait à la femme pour pouvoir transiger l'autorisation d'aliéner, c'est-à-dire de disposer des objets compris dans la transaction.

On s'est demandé si la femme autorisée à plaider pouvait acquiescer à la demande formée contre elle ou au jugement qui la condamne. Pour répondre à cette question, il faut considérer que le femme a été autorisée à maintenir son droit en plaidant, mais non à l'abdiquer, et dès que lors, le droit d'acquiescer ne saurait lui appartenir. C'est dans ce sens que se prononcent la plupart des auteurs (2). Toutefois, la cour de cassation a décidé, dans un arrêt déjà ancien, que la femme autorisée par justice à suivre une ins-

(1) C'est ce que constatait déjà Bourjon; « L'autorisation du mari ou de justice n'étouffe pas, dit-il, les moyens de restitution si aucun sont ouverts à la femme » (*Droit commun de la France* I p. 582).

(2) Demolombe IV n° 281, Laurent III p. 147, Planiol I n° 983. 1° Vazeille II n° 30. Allemand n° 928.

tance, a le droit d'acquiescer, soit à la demande formée contre elle, soit au jugement intervenu sur cette demande (1).

Pour la même raison, nous refuserons à la femme autorisée à ester en justice le droit de se désister de sa demande. En effet, d'une part ce désistement implique pour elle, lorsqu'il ne porte que sur l'instance, une renonciation au droit litigieux, qu'elle ne peut pas consommer par cette voie, et de l'autre, il compromet ses intérêts, parce qu'il l'oblige à faire un nouveau procès si l'action subsiste.

En vertu des mêmes principes, nous ne devons pas hésiter à déclarer que l'autorisation accordée à la femme d'ester en justice ne peut pas avoir pour effet de lui permettre de déférer le serment, car de deux choses l'une, ou la femme est défenderesse, et dans ce sens la délation de serment suppose de sa part un acquiescement à la prétention de son adversaire, ou elle est défenderesse, et alors elle implique un désistement en faveur de ce dernier, ce qui fait que nous retombons dans les hypothèses déjà examinées de l'acquiescement et du désistement.

Mais il faut aller plus loin, semble-t-il, et décider que, lorsque c'est l'adversaire de la femme qui lui défère le serment, la femme ne peut pas prêter le serment sans une nouvelle autorisation. C'est en vain que l'on prétendait que l'article 1358, portant que le serment peut être déféré sur

(1) Req. rej. 7 décembre 1863 S. 64.1.12. D. 64.1.119. Dans le même sens, Aubry et Rau iv. § 472 p. 157 n° 77.

toute espèce de contestation, il peut en résulter que l'adversaire d'une femme mariée doit pouvoir lui déférer le serment. Il faut en effet observer que si l'on autorise l'adversaire à déférer le serment à la femme, celle-ci ne peut pas, sans une autorisation spéciale, le référer, puisque les conditions requises ne sont pas identiques dans les deux cas, et qu'il découlerait dès lors de l'adoption du système que nous combattons, une moins sérieuse protection des droits de la femme que ceux de son adversaire. Demolombe remarque d'autre part, que l'autorisation spéciale que nous exigeons pour la femme aura souvent l'utilité d'empêcher des fraudes concertées entre la femme et les tiers pour arriver à des aliénations ou à des donations dissimulées sous l'apparence du procès.

La question est plus discutable pour l'aveu. On pourrait soutenir que la femme a besoin d'une autorisation spéciale parce qu'un tel acte implique l'aliénation du droit qui en fait l'objet, et qu'à ce point de vue, il présente plus de dangers pour la femme que la transaction pour laquelle chaque contractant abandonne une partie de ses droits, mais il nous paraît préférable de décider, avec MM. Aubry et Rau, qu'un aveu régulier de la femme produira contre elle tous ses effets, alors même qu'elle n'aurait pas été spécialement habilitée à le faire. En effet, l'interrogatoire sur faits et articles où la comparution des parties en personnes, qui sont destinées à provoquer un tel acte, ne sont pas autre chose que de simples mesures d'instruction, auxquelles l'état d'incapacité d'un des adversaires ne peut empêcher de recourir, et d'autre part, la reconnaissance d'un fait doit conserver toute sa valeur à l'égard de la personne dont elle

émane par le seul fait que cette personne est moralement capable de la faire (1).

Examinons maintenant quelle sera l'étendue exacte de l'autorisation donnée à la femme, soit par le mari, soit par la justice, vis-à-vis des actes accessoires qui sont les suites de l'acte principal pour lequel la femme a été autorisée. MM. Aubry et Rau ont fait remarquer très justement à ce sujet que l'autorisation doit s'étendre aux antécédents et aux suites nécessaires de ces actes (2). On doit, en effet, supposer qu'en autorisant la femme à faire certains actes, on a entendu lui fournir tous les moyens propres à les accomplir et à leur faire produire tous leurs effets.

Mais, s'il en est ainsi, et cela ne fait aucun doute, il est souvent difficile, comme le font observer MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade de déterminer, « à partir de quel moment commencent les préliminaires et finissent les suites qu'on est admis à considérer comme des parties intégrantes de l'acte autorisé ». (3)

Il ne peut y avoir aucune difficulté pour certaines matières. C'est ainsi que tous les auteurs s'accordent à dire que l'autorisation de paraître devant le juge de paix en conciliation doit être considérée comme accessoire de l'autorisation d'ester en justice, et que la femme mariée qui a été autorisée

(1) Dans ce sens Aubry et Rau VIII § 751 p. 171 n° 14. Demolombe v n° 244. Larombière, *Des obligations*, v, art. 1356 n° 10 Civ. rej. 22 avril 1828, S. 28.1.208 D. 28.1.222.

(2) Aubry et Rau v p. 156-157.

(3) Baudry Lacantinerie et Houcques Fourcade. *Des personnes* t. III p. 836.

à ester en justice, doit être réputée l'être pareillement pour faire exécuter le jugement rendu à son profit. Cette exécution est en effet la seule formalité nécessaire de la procédure dans laquelle elle a été admise à s'engager.

De même, la femme qui a obtenu l'autorisation de poursuivre la licitation d'un immeuble aura le droit de poursuivre la vente sur folle enchère (1), et celle qui a été autorisée à se rendre adjudicataire sur expropriation forcée, pourra, par cela même, défendre à toutes les suites de l'adjudication et notamment à une demande en validité de surenchère (2).

De même encore, la femme autorisée à suivre un partage se trouve par cela même autorisée à former toute action, ayant pour objet la délivrance de la part qui lui revient dans cette succession (3).

La matière de la séparation de biens judiciaires nous offre des applications nombreuses du principe que nous avons énoncé. C'est ainsi que les auteurs et la jurisprudence reconnaissent que la femme qui a obtenu sa séparation de biens est par cela même implicitement autorisée à poursuivre l'exécution du jugement et le recouvrement de ses reprises et qu'elle peut notamment, soit procéder à un règlement amiable avec son mari, soit former une surenchère sur un des biens de celui-ci dont un tiers ne serait porté acheteur ou adjudicataire (4). Cette solution s'explique, comme le font

(1) Cass. 20 juillet 1835. S. 1835.1.610.

(2) Rouen 26 janvier 1839 D. 1841.1.499.

(3) Poitiers 28 février 1834 S. 1834.2.167.

(4) Aubry et Rau v p. 157. Demolombe, IV, n° 292, Laurent III, n° 145,

observer MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, par ce fait que la surenchère constitue le moyen, parfois unique, de sauvegarder les intérêts d'un créancier, et que dès lors ce moyen doit rester légitimement à la disposition de la femme, tout comme elle aurait pu, de prime abord, se faire adjuger le bien. La cour de cassation, dans son arrêt, cité en note, du 29 mars 1853, nous paraît avoir très clairement dégagé ce point.

« Attendu, dit-elle, en droit, qu'aux termes de l'article 1444 du code Napoléon, la séparation, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a pas été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme jusqu'à concurrence des biens du mari, ou du moins par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis; que la loi elle-même, faisant ainsi à la femme un devoir de poursuivre les effets du jugement de séparation, elle se trouve implicitement à la vérité, mais nécessairement relevée de son incapacité, et doit être réputée autorisée par ce jugement même pour tous les actes qui tendent au recouvrement de ses reprises, et notamment pour l'exercice du droit de surenchère motivé, comme dans l'espèce, par la nécessité de poursuivre la restitution de sa dot, etc... »

A plus forte raison, faut-il décider que le jugement de séparation de biens confère à la femme le droit d'exercer toutes les actions relatives à la liquidation de ses droits, et

Baudry Lacantinerie et Houques Fourcade. *Des personnes* III p. 836 n° 145. Cass. 29 mars 1853. S. 53.1.442 D. 53.1.103. Rouen 27 mai 1867, sous cass. S. 69.1.301. Req. rej. 8 juillet 1878. D. 79.1.55.

de se présenter à l'ordre ouvert sur les biens de son mari en déconfiture.

Au contraire, il semble qu'on doive admettre que la femme autorisée à ester en jugement pour demander la séparation de biens ne peut pas, sans une autorisation nouvelle, plaider sur une contestation élevée par la régie de l'enregistrement, concernant la quotité des droits à payer pour le jugement qui liquide la communauté, car c'est ici une instance nouvelle qui commence, instance tout à fait étrangère aux opérations de la liquidation. Cette solution a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation du 11 janvier 1854: « Attendu, y est-il dit, que l'opposition à la contrainte du 31 août 1849, décernée en paiement de droits plus élevés que ceux perçus le 15 septembre 1847, et l'assignation signifiée sur cette contrainte, suivant exploit du 26 septembre 1849, par la dame de Grandval à l'administration de l'enregistrement qui n'avait pas été partie dans les jugements précités, ont créée une instance nouvelle, distincte de celles en séparation de biens et en liquidation des droits et reprises de la femme contre son mari, pour laquelle instance l'autorisation obtenue dans les précédentes était inefficace, et dans laquelle il fallait à la dame de Grandval une autorisation spéciale et formelle, etc... » (1).

§ 2. — Effets de l'autorisation vis-à-vis du mari

Ces effets sont beaucoup plus intéressants à étudier que dans l'hypothèse précédente, mais ils trouvent moins d'ap-

(1) Cass. 11 janvier 1854 D. 54.1.14.

plications en matière judiciaire qu'en matière extra-judiciaire.

Le principe qui gouverne cette matière est celui qui est exprimé par l'adage bien connu : *Qui auctor est non se obligat*. Appliqué au mari, il amène à décider que son autorisation ne le rend pas partie à l'acte accompli par la femme, et qu'il ne se trouve pas par suite obligé par cette autorisation. Seulement, ce principe peut se trouver combattu par d'autres tout aussi forts qui auront pour effet, contrairement à la règle générale, d'engendrer une obligation à la charge du mari.

C'est notamment ce qui se produira sous le régime de la communauté où nous voyons les articles 1409 2^o et 1419, mettre à la charge de la communauté les dettes contractées par la femme du consentement du mari, et grever le mari en sa qualité de chef de la communauté des obligations incombant à celle-ci.

A fortiori, le mari qui n'est pas engagé par sa propre autorisation ne peut pas l'être par l'autorisation de justice qui lui est complètement étrangère. C'est ce qui résulte des termes de l'article 1426 : « *Les actes faits par la femme sans le consentement du mari, et même avec l'autorisation de la justice, n'engagent point les biens de la communauté* ». D'où il découle que lorsque la femme a été habilitée par la justice, les obligations qu'elle a contractées et les condamnations qui ont été prononcées contre elle, ne peuvent être exécutées ni sur les biens propres du mari ni sur les biens de la communauté, ni sur l'usufruit des propres de la femme qui doit être réservé au mari dans toutes les hypothèses où il lui est attribué par le régime matrimonial qu'il a adopté.

Et c'est la même solution qui s'impose lorsque la justice est intervenue en cas d'impossibilité matérielle ou d'incapacité légale du mari. C'est une conséquence de cette règle que seule l'autorisation personnelle du mari peut permettre, aux actes de la femme, de réfléchir contre lui ou la communauté (1),

Au contraire, ainsi que nous venons de le rappeler, la confusion d'intérêts résultant du régime de la communauté entraîne de graves dérogations à ces principes, dans ce sens que le mari qui autorise sa femme commune en biens est tenu sur ses biens personnels de l'exécution des engagements contractés avec son autorisation. Il en est de même, nous le verrons plus tard avec détails, pour la femme commune que son mari a autorisé à faire le commerce. Les obligations qu'elle a contractées obligent le mari et la communauté.

Mais l'autorisation maritale aura, sous tous les régimes, un autre effet, quoiqu'il soit de règle que le mari n'est pas obligé par les engagements que sa femme contracte avec son autorisation, il sera tenu de subir l'exécution de ces engagements sur la pleine propriété des biens de sa femme, même dans l'hypothèse où il en aurait l'usufruit. En d'autres termes, en autorisant, le mari a renoncé à son droit de jouissance au profit du tiers qui a contracté avec sa femme. Comme le font observer MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, « le mari doit alors supporter les conséquences des engage-

(1) En ce sens Aubry et Rau. p. 161 n° 99. Demolombe iv n° 319-321. Laurent iii n° 152. Contrà Zachariæ, Ed. Massé et Vergé i § 134. p. 243.

ments qu'il a laissés prendre à sa femme. Mais, à vrai dire, c'est moins par le fait de son autorisation que par le fait de sa volonté, qu'il se trouve obligé, puisqu'il aurait dépendu de lui, par une réserve formelle, de soustraire son propre droit aux poursuites des créanciers de son épouse (1).

SECTION II

Effets du défaut d'autorisation

La règle générale est que tout acte fait par la femme sans autorisation régulière du mari ou de justice, est frappé de nullité. Quel est le caractère de cette nullité ? Nous constatons ici une différence caractéristique avec la solution admise dans nos anciennes coutumes. Alors qu'autrefois cette nullité était radicale (2), elle est aujourd'hui simplement relative. Nous en trouvons la preuve dans l'art. 225 du code civil qui déclare que la nullité fondée sur le défaut d'autorisation, ne peut être opposée que par la femme, par le mari ou par leurs héritiers, et dans le deuxième alinéa de l'article 1125 de ce même code, d'après lequel les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur, de l'interdit et de la femme mariée avec qui elles ont contracté.

Comme toutes les nullités relatives, cette nullité ne pourra être proposée que par certaines personnes. Ces personnes sont :

(1) *Des personnes* t. III § 2.330.

(2) Voir Pothier. *De la puissance du mari*, n° 5.74.78.

1° La femme, en sa qualité d'incapable, et parce qu'elle n'a pas été protégée comme la loi le veut. Seulement il faut observer que pendant toute la durée du mariage, et à moins qu'elle ne soit séparée, la femme ne peut invoquer cette nullité par voie d'action qu'à condition d'être munie de l'assentiment de son conjoint; c'est une application de la règle qu'elle ne peut ester en justice sans l'autorisation maritale ou de justice. Elle n'a pas d'ailleurs à justifier d'un intérêt pécuniaire, et elle peut fonder son action sur la simple méconnaissance de son intérêt moral.

2° *Le mari* peut, lui aussi, proposer la nullité de l'acte intervenu. Son action trouve sa raison d'être dans la méconnaissance de son autorité maritale, et aussi dans cette considération que les intérêts de la femme sont également les siens et ceux de la famille dont il est le chef. Son droit disparaît, d'ailleurs, à la dissolution du mariage ou lors de la séparation de corps; plus exactement, il ne pourra alors se prévaloir de la nullité que tout autant qu'il aura un intérêt pécuniaire à la faire prononcer.

3° Les héritiers de la femme peuvent aussi faire prononcer la nullité d'un tel acte; cela résulte des termes même de l'article 225, et cette solution n'est que l'application du principe bien connu que les actions appartenant à une personne passent après sa mort à ses héritiers (1).

Mais quid des héritiers du mari? Plusieurs auteurs, en se fondant sur le texte même de l'art. 225, estiment que les

(1) Dans ce sens Aubry et Rau. op. cit. p. 162, n° 102; Planiol, 1, 2, 988.3°; Surville, 1, 2, 258.

héritiers du mari peuvent, eux aussi, exercer l'action de leur auteur, non pas comme créanciers ou ayants-cause de la femme, mais en la qualité de successeurs du mari, qui leur permet de venir, au lieu et place de leur auteur, au partage des biens communs. D'ailleurs ils font remarquer qu'il existe des hypothèses où ils ont un véritable intérêt pécuniaire à agir ; ce serait, par exemple, celle où ils chercheraient à faire annuler l'engagement contracté par la femme envers un créancier qui lui-même attaquerait la renonciation qu'aurait faite sa débitrice à la communauté, en fraude de ses droits (1). Avec M. Planiol nous estimons, au contraire, que cette action ne saurait appartenir aux héritiers du mari, et qu'il y a là une erreur du texte. En effet, entre les mains du mari cette action ne présente qu'un intérêt moral, puisque l'acte irrégulier et non autorisé par lui ne peut ni lui être opposé, ni lui nuire. Eh bien ! cet intérêt moral lui-même va manquer aux héritiers du mari qui ne succèdent pas à sa puissance sur la femme. Comment dès lors pourraient-ils exercer cette action puisqu'ils n'ont pas d'intérêt ? (2).

4° Les créanciers des deux époux ou leurs héritiers ont-ils ce droit ?

Nous estimons qu'il faut faire une distinction.

Il semble qu'il ne puisse pas y avoir de doute pour les créanciers de la femme. Le droit de celle-ci ayant dans l'espèce un caractère strictement personnel peut être exercé,

(1) Dans ce sens Aubry et Rau ; loc. cit. p. 162, 2^e 102 ; Demolombe, 14, 2^e 341 ; Laurent III, n^o 158 et 164 ; Huc, II, n^o 279 ; Beudant I, 2^e 337.

(2) Planiol I, n^o 988.

par ses créanciers, en vertu de l'article 1166, d'autant plus qu'ils s'exposeraient à un préjudice souvent irréparable s'ils n'attaquaient pas l'acte annulable. On pourrait, il est vrai, objecter que l'art. 225 gardant le silence sur cette catégorie de personnes, paraît l'avoir exclue, mais ce silence peut, à notre avis, s'expliquer par ce fait que la loi n'avait pas besoin de parler des créanciers qui tirent de l'art. 1166 un droit général d'agir.

Au contraire, nous estimons que les créanciers du mari ne peuvent pas, à la différence de ceux de la femme, opposer le défaut d'autorisation, et cela parce que l'action en nullité du mari, fondée sur la violation de l'autorité maritale, est exclusivement attachée à sa personne. Mais il faudrait décider qu'après la dissolution du mariage les créanciers du mari pourront exercer l'action en nullité, chaque fois que cet exercice se justifiera par intérêt pécuniaire (1).

Certains auteurs pensent cependant, que les créanciers du mari pourront intenter cette action au nom de leur débiteur, même pendant la durée du mariage, lorsque cette action trouvera sa justification dans l'intérêt pécuniaire que le mari possède à l'annulation (2).

5° Enfin les créanciers des héritiers des deux époux, ou ceux des créanciers de la femme seulement, selon l'opinion que l'on adopte sur la question précédente, doivent incontestablement avoir le droit d'exercer l'action appartenant à

(1) Dans ce sens Demolombe, *iv*, n° 342 ; Laurent *iii*, n° 158 ; Huc, *loc. cit.* t. *ii*, n° 278.

(2) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. *iii*, p. 854.

leurs débiteurs, puisque celle-ci affecte forcément en la personne de ces derniers un caractère pécuniaire.

Ce sont là les seules personnes qui peuvent agir en nullité. Celles qui ont traité ou plaidé avec la femme non autorisée, que l'on peut faire entrer dans la dénomination générale de tiers, ne le peuvent pas, et, comme le fait très justement observer M. Planiol, c'est en cela que consiste la grande différence entre le système de l'ancien droit et celui du code civil. Avant le code civil l'autorisation maritale étant regardée comme une solennité du contrat, son absence entraînait une nullité absolue, et cette nullité pouvait être opposée par tout intéressé, même par la partie qui avait traité avec la femme, tandis qu'aujourd'hui nous sommes en présence d'une nullité relative réservée à un petit nombre de personnes indiquées par la loi.

Citons quelques exemples de tiers qui ne pourront pas demander la nullité.

Le tiers détenteur d'un immeuble hypothéqué par la femme non autorisée, l'adjudicataire ou le tiers acquéreur de l'immeuble qu'un tiers a donné en hypothèque à la femme, et sur lequel celle-ci a formé, sans autorisation, une surenchère, le débiteur d'une créance cédée à un tiers par la femme non autorisée, etc.

Le caractère de nullité relative résultant du défaut d'autorisation va entraîner cette conséquence que cette nullité sera susceptible de se couvrir par une renonciation au droit de s'en prévaloir, renonciation qui va émaner de ceux auxquels ce droit appartient.

Lorsque le mari a perdu le droit de critiquer l'acte fait par sa femme par cela même qu'il l'a ratifié, la femme

conserve, dans l'opinion générale, son action en nullité ; en d'autres termes les deux actions sont indépendantes.

Tels sont les principes généraux qui gouvernent cette matière si importante. Nous allons en faire l'application aux actes judiciaires.

§ 1. — Actes judiciaires

Les conditions dans lesquelles les personnes qui ont qualité pour se prévaloir du défaut d'autorisation peuvent le faire, diffèrent selon qu'il s'agit d'actes extra-judiciaires ou d'actes judiciaires. Nous n'avons à nous occuper que de ces derniers.

Il nous faut distinguer ici selon que l'affaire est terminée ou non.

Première hypothèse. — L'affaire n'est pas terminée.

Dans ce cas la nullité peut être proposée en tout état de cause, et la femme peut valablement l'opposer pour la première fois devant la cour d'appel, et cela même après avoir conclu au fond dans l'acte d'appel. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord sur ce point qui n'est plus controversé (1)

De même il a été décidé que la femme ne perdrait pas le droit d'opposer, même en appel, son défaut d'autorisation après le jugement de jonction de défaut contre le mari, qui a été assigné pour autoriser son épouse et n'a pas com-

(1) Aubry et Rau, t. v § 472, Planiol, t. 1, n° 993 ; Bordeaux, 16 février 1850, *Journ. Ar. Bordeaux*, 1850 p. 132 ; Paris 26 avril 1872, *Bull. arr. Paris*, 1872, p. 356 ; S. 72.2.186. D.P. 72.2.188.

paru, ou après les conclusions au fond prises ultérieurement par la femme (1),

Mais il faut aller plus loin et ne pas hésiter, à notre avis, à décider que le moyen tiré du défaut d'autorisation peut être proposé pour la première fois devant la cour suprême parce qu'il est d'ordre public, et que, comme tel, il peut être proposé tant que les parties ont le droit de se faire entendre devant la justice. La plupart des auteurs admettent cette solution qui paraît aujourd'hui définitivement consacrée par la jurisprudence (2). « Attendu, est-il dit dans un arrêt de la cour de cassation du 21 février 1888 (cité en note), que la femme, même séparée de corps et de biens, ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, ou en cas de refus du mari, sans l'autorisation de la justice ; Attendu que le principe est général et absolu et doit recevoir son application dans tous les cas où la femme comparait en justice, soit en demandant, soit en défendant, quelle que soit la nature de l'action qu'elle intente ou quel que soit l'objet de la demande dirigée contre elle ; que le moyen est d'ordre public, et que la femme est admise à se prévaloir, en tout état de cause, et pour la première fois, devant la cour de cassation, de l'ommission de la formalité prescrite par les articles précités, etc. »

On ne peut s'empêcher de faire remarquer, à ce propos, la différence de jurisprudence de la cour de cassation selon que le moyen est tiré du défaut d'autorisation pour con-

(1) Bordeaux, 29 juin 1826, *Jour. arr. Bordeaux*, 1826, p. 351.

(2) Demolombe, t. II, n° 354 ; Aubry et Rau, t. V. § 472, texte et note 110 ; Planiol, t. I, n° 993.

tracter, ou du défaut d'autorisation, pour ester en justice. Dans le premier cas, la cour de cassation décide que l'ordre public n'est pas intéressé, et que dès lors elle ne peut être saisie lorsque le recours n'a pas été présenté aux premiers juges (1), tandis qu'elle peut l'être dans le second parce qu'ici apparaît, au contraire, l'intérêt de l'ordre public. Bien qu'il semble, à première vue, que le maintien de l'autorisation maritale soit aussi utile pour contracter que pour plaider, on peut expliquer par des raisons pratiques la distinction de la cour suprême. Lorsqu'on invoque, pour la première fois, devant elle le défaut d'autorisation pour contracter, elle ne peut statuer utilement que grâce à des constatations de faits auxquels les juges du fond peuvent seuls se livrer. Si on soulève, au contraire, pour la première fois devant elle la nullité d'une procédure pour défaut d'autorisation de plaider, elle pourra très facilement se rendre compte par l'examen des pièces de la procédure qu'elle a sous les yeux, de la valeur du moyen invoqué.

Une autre conséquence du caractère d'ordre public, de la nécessité de l'autorisation pour ester en justice, est l'impossibilité pour la femme du droit de se prévaloir de la nullité tirée du défaut d'autorisation. C'est dans ce sens que la cour de cassation a décidé que l'énonciation dans, un acte d'appel, ou dans les qualités de l'arrêt, que la femme a été autorisée judiciairement, ne pouvait créer contre cette dernière une fin de non recevoir : « Attendu, est-il dit dans l'arrêt en note, que l'énonciation dans l'acte d'appel, que l'appelante

(1) Cour. cass. arrêt 4 avril 1853. (S. 53.1.480, D. P. 53.1.112).

est judiciairement autorisée, non plus que l'énonciation semblable insérée aux qualités de l'arrêt, ne peuvent créer contre la demanderesse aucune fin de non recevoir, la nécessité de l'autorisation de la femme mariée étant d'ordre public, et la femme ne pouvant par son consentement perdre le droit de se prévaloir de ce moyen de nullité qu'elle est admise à proposer en tout état de cause, même en cassation pour la première fois » (1).

Enfin, et pour la même raison, il faut décider que les juges peuvent relever d'office l'exception tirée du défaut d'autorisation (2).

Tout ce que nous venons de dire du droit pour la femme d'exciper du défaut d'autorisation, s'applique également, et pour des raisons identiques, au mari. La doctrine et la jurisprudence sont unanimes à le reconnaître.

Mais si l'autorisation, pour la femme, d'estimer en justice a un caractère d'ordre public, il importe de ne pas perdre de vue le caractère relatif de la nullité, nullité établie, nous l'avons vu, au profit de certaines personnes spécialement désignées par la loi. Aussi, comme le font remarquer MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, la partie contre laquelle plaide une femme non autorisée, en première instance, en appel ou en cassation, n'est point admise à faire annuler les actes de procédure effectués à la requête de cette dernière, parce que ce faisant, ils se prévaudraient d'une irrégularité des suites de laquelle la femme

(1) C. Cass. 22 janvier 1879. D. P. 79.1.121.

(2) *Des personnes*, t. III, p. 856

a seule le droit de se faire relever. Tout ce qu'ils peuvent faire, c'est par une fin de non procéder ou une sorte d'exception dilatoire, de refuser d'engager le débat avec la femme, jusqu'à ce qu'elle ait régularisé sa procédure, en justifiant d'une autorisation. Le tribunal pourrait aussi, sur les conclusions du défendeur, qui préfère faire vider le litige, ordonner la mise en cause du mari.

L'autorisation donnée à la femme, une fois intervenue, aura pour effet de couvrir les vices de la procédure antérieure, mais les auteurs sont d'accord pour décider que si la femme peut ainsi réparer, jusqu'au dernier moment les vices de la procédure, le même droit ne saurait appartenir à la partie qui l'a assignée ou a interjeté appel sans mettre en cause le mari aux fins d'autorisation.

Deuxième hypothèse. — L'affaire est terminée et il est intervenu un jugement.

Un point certain est que le jugement obtenu sans autorisation ne peut être attaqué par voie principale d'action en nullité, et cela en vertu de la règle traditionnelle : « Voies de nullité n'ont lieu en France contre les jugements ».

Mais les décisions rendues dans ces conditions contre la femme peuvent être attaquées par toutes les voies ordinaires de recours (1), c'est-à-dire par l'opposition si elles ont

(1) Voir dans ce sens arrêt de cass. du 13 janv. 1903. S. 1903.1.497. Dans une très intéressante note sous cet arrêt dans le Sirey, M. Tissier, professeur à la faculté de droit de Paris, s'exprime ainsi en ce qui concerne cette règle : « Il n'est pas douteux que, lorsqu'une décision judiciaire a acquis l'autorité de la chose jugée, on ne saurait échapper

été rendues par défaut, par appel si elles sont en premier ressort et enfin par un pourvoi en cassation si elles ont été prononcées en dernier ressort, sans qu'il y ait lieu de distinguer si la nullité a été ou non invoquée devant la juridiction inférieure. MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade nient, cependant, que le moyen tiré du défaut d'autorisation puisse être proposé, pour la première fois, devant la cour suprême, le caractère d'ordre public de la nullité résultant du défaut d'autorisation ne pouvant faire que les intéressés ne soient pas maîtres de s'en prévaloir à leur fantaisie ou suivant leur avantage. Ils ajoutent qu'il est singulier qu'un même moyen de fond, qui ne touche pas à la procédure, puisse être proposé plus ou moins tard, suivant qu'il s'agit de la régularité d'une instance ou de la validité d'un acte extra-judiciaire (1).

Il est également incontestable — c'est un point qui n'est plus aujourd'hui discuté — que la voie de la tierce opposition est ouverte au mari ou à ses ayants-cause, contre le

à son application, en se prévalant de ce que la règle qui impose pour la femme mariée la nécessité de l'autorisation maritale ou la règle de l'inaliénabilité du fonds dotal a été violée par les juges. C'est seulement par les voies de recours de droit commun qu'on peut attaquer la décision qui porte atteinte aux dispositions de la loi sur l'un ou l'autre point. C'est un principe bien établi et constamment appliqué que les nullités d'un jugement, même s'il s'agit de nullités d'ordre public, ne peuvent être opposées que par les voies de recours établies par la loi : elles ne peuvent plus être invoquées quand le jugement a acquis l'autorité de la chose jugée ».

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade. *Des personnes*. t. III, p. 862.

jugement auquel ils n'ont pas figuré, dans le cas où la décision intervenue préjudicie à la femme non autorisée. Conformément à loi, cette voie de recours peut être exercée par eux pendant trente ans (1). Mais il a été jugé par la cour d'appel de Paris que cette voie de recours n'étant ouverte qu'aux tiers, le mari ne pouvait pas en user s'il avait été appelé en cause, et si, faute par lui d'avoir comparu, la femme avait été autorisée par justice (2).

Peut-on employer contre cette décision la voie de la requête civile ? Certains auteurs le nient, notamment MM. Aubry et Rau et MM. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade (3); parce que l'art. 480, § 2 du code de procédure qui autorise ce mode de rétractation lorsque les formes prescrites à peine de nullité ont été violées, soit avant, soit lors des jugements, ne vise que la violation des formes de procédure proprement dites, et qu'il reste inapplicable aux irrégularités procédant de l'incapacité des parties. Merlin faisait une distinction selon que la femme avait ou non laissé le juge dans l'ignorance de son état, la requête civile ne devant être admise que dans la première de ces

(1) Dans ce sens. Aubry et Rau, t. v. p. 164, n° 113; Demolombe, t. iv, n° 356; Duranton, t. ii, n° 456; Huc, t. ii, n° 277; Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, *Des personnes*, t. iii, n° 862; Planiol, t. i, n° 993; Beudant, t. i, n° 341; Fuzier-Herman, art. 215, n° 11; Montpellier, 27 avril 1831, S. 32.2.77, D. 32.2.23, Cass. rec. rej. 28 mars 1888, S. 91.1.924; D. 88. 1.361, et note.

(2) Paris, 27 avril 1891, D. P. 92.2.135.

(3) Aubry et Rau, t. v. p. 164, n° 112. Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade : *Des personnes*, t. iii, p. 862.

hypothèses. Avec la généralité de la doctrine, nous croyons, au contraire, préférable, nous fondant sur les termes très larges de l'art. 480, § 2 c. pr. civile, d'adopter la solution affirmative.

CHAPITRE V

PARTICULARITÉS RELATIVES A L'EXERCICE DES ACTIONS JUDICIAIRES APPARTENANT A LA FEMME SUIVANT LE RÉGIME ADOPTÉ.

Nous n'avons pas l'intention d'entrer dans le détail de l'exercice des actions judiciaires appartenant à la femme dans les différents régimes matrimoniaux. Nous nous bornerons à rappeler les caractères généraux qui affectent cet exercice dans les principaux de ces régimes en insistant sur les questions qui nous ont paru présenter un intérêt particulier.

SECTION I

Régime de la communauté légale

Sous ce régime, aux termes de l'article 1428, le mari peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme. Cette disposition est empruntée à l'article 233 de la coutume de Paris, et Pothier l'expliquait par cette considération, que les droits mobiliers de la femme tombent en communauté et que le mari étant chef de la communauté, il est naturel que ce soit lui qui

ait l'exercice des actions qui vont sanctionner ce droit (1). Mais il importe de remarquer que le point de vue de l'article 1428 du code civil est différent. Et en effet, ce texte fait allusion à l'exercice d'actions mobilières appartenant à la femme ; or de semblables actions ne lui appartiennent pas lorsqu'ils se réfèrent à des droits de la femme tombés en communauté. Aussi faut il supposer pour comprendre l'article 1428 que l'action se réfère à des propres mobiliers de la femme, ce qui arrivera par exemple lorsque la femme a vendu un de ses immeubles propres et que le mari exerce l'action en paiement du prix, ou encore lorsqu'un tiers fait une donation mobilière à la femme et stipule que le bien donné lui restera propre. Dans ce dernier cas, c'est le mari qui aura l'exercice de l'action en paiement de la donation, bien que celle-ci appartienne à la femme. Il n'y a pas d'ailleurs à distinguer selon que le mari agit comme demandeur ou comme défendeur.

Le mari pourra également exercer les actions mobilières que la femme avait lors du mariage et qui sont tombées dans la communauté par application de l'article 1401, 1^o, mais

(1) « La Communauté étant composée de tous les biens mobiliers de chacun des conjoints, et le mari étant, en sa qualité de chef de la communauté, seul seigneur des biens de la communauté tant qu'elle dure, la coutume a très bien tiré la conséquence qu'il est seigneur pour le total des actions mobilières de la femme... Pareillement la jouissance des actions propres de chacun des conjoints appartenant à la communauté, la coutume a très bien conclu que les actions possessoires qui concernent la jouissance des héritages de la femme, appartiennent au mari, comme seigneur des biens et droits de la communauté ». *Pothier, communauté* n^o 473.

ici son droit dérive non de l'art. 1428 mais de l'art. 1421 ou de sa qualité d'administrateur. C'est en ce sens qu'il a été jugé que le mari, dont la femme possède des actions d'une compagnie financière est recevable à diriger conformément à la loi du 24 juillet 1867, une instance en responsabilité contre les fondateurs de la société déclarée nulle et contre les commissaires qui n'ont pas rempli leurs obligations (1) et qu'il a le droit de poursuivre comme maître des actions mobilières de sa femme par l'action en dommages-intérêts devant la juridiction correctionnelle, la répression des délits commis contre la femme personnellement et notamment les délits de diffamation et d'injure (2).

Ce que nous venons de dire des actions mobilières appartenant à la femme, s'applique également aux actions immobilières possessoires. Cette solution s'explique par le caractère conservatoire et d'urgence que présente l'exercice de ces actions.

Une question discutée est celle de savoir si dans les deux cas — actions mobilières et actions immobilières-possessoires — que nous avons examinés, le droit appartient à la femme d'exercer elle-même ces actions à la place du mari, mais naturellement avec son autorisation.

L'opinion généralement adoptée est que ce droit doit lui être reconnu. En effet, outre que cette solution était admise dans la coutume de Paris, sous l'article 233, il faut observer qu'elle paraît bien découler des termes mêmes de l'art. 1428 du code civil qui dit que le mari peut exercer seul etc...

(1) Cass, civ., 4 juin 1883 D. P. 83.1.385.

(2) Cass , 23 mars 1866. D. P. 67.1.129.

ce qui paraît bien impliquer qu'il est libre de renoncer à ce droit : « Mais attendu, dit dans ce sens, un arrêt de la cour d'Orléans, du 18 février 1858, que l'article 1428 du code Napoléon, s'est borné à donner au mari la faculté d'exercer seul les actions mobilières qui appartiennent à la femme sans dépouiller celle-ci, dans une disposition spéciale dérogeant à la disposition de droit commun de l'article 215 du même code, du droit de les faire valoir par elle-même avec l'assistance et sous l'autorisation du mari, alors surtout qu'il s'agit, comme dans l'espèce, d'une action exclusivement attachée à la personne de la femme, le résultat de l'action tombant d'ailleurs dans la communauté » (1).

Toutefois, depuis cette époque, les cours d'appel de Rennes et d'Angers (2) ont décidé à propos d'une action en dommages-intérêts pour diffamation envers la mémoire du père de la femme que le mari a seul le droit d'exercer les actions mobilières de la femme sans qu'il y ait de distinction à faire entre les actions purement civiles et celles qui sont portées devant la juridiction répressive, et un arrêt de la cour de Gand a admis la même solution pour une demande de dommages-intérêts fondée sur des violences graves dont la femme avait été la victime (3) sous prétexte que la créance, née de l'infraction, était tombée dans l'actif de la communauté, et que dès lors la femme s'était immiscée à tort dans l'administration de cette communauté.

(1) D.P. 58.2.114.

(2) Rennes, 22 novembre 1865, S.66.3.54. Angers, 28 mai 1866, S.66.2.212.

(3) Gand, 10 décembre 1890, S.91.4.29.

Avec MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (1), nous estimons que ces arrêts sont allés trop loin, d'abord parce qu'il n'est pas sûr que l'indemnité allouée à la femme dans de pareilles circonstances et ayant sa source dans des délits, tombe dans la communauté et ensuite parce qu'il paraît singulier que le code civil ait enlevé en ces matières à la femme une qualité qui lui était formellement reconnue dans l'ancien droit, et à propos de laquelle, la seule question discutée était de savoir si elle avait ou non besoin de l'autorisation maritale.

En résumé, nous croyons sur cette question que si le mari peut seul agir en justice dans les instances relatives aux biens communs, il en est autrement pour les droits mobiliers propres à la femme. Ici le mari a sans doute la faculté d'exercer l'action, mais il peut aussi autoriser la femme à agir seule, et, en cas de refus de sa part, rien n'empêche celle-ci de s'adresser à la justice en vue d'autorisation.

Pour les mêmes raisons, nous estimons qu'on ne peut refuser à la femme le droit d'intervenir dans les instances relatives à ses propres mobiliers, pas plus que celui de former tierce opposition aux jugements rendus contre son mari, seul présent aux débats, dans le cas où, au lieu de représenter loyalement, comme il aurait dû le faire, il a trahi ses intérêts en s'entendant avec ses adversaires. Toutefois, M. Guillouard repousse cette opinion qui est admise par la très grande majorité des auteurs en faisant remarquer que la tierce opposition n'est ouverte qu'au

(1) Contrat de mariage, 1.672.

profit de ceux qui n'ont pas été parties au procès, dans lequel leurs intérêts sont lésés. Or, la femme y a été partie dans la personne de son mari et on ne doit lui reconnaître d'autre moyen de réparer le préjudice qui lui a été causé par les agissements frauduleux du mari, que d'exercer un recours contre celui-ci à la dissolution de la communauté (1).

Passons maintenant aux actions immobilières. La règle est toute différente. Le mari n'a pas le droit d'exercer seul et sans le consentement de sa femme les actions immobilières pétitoires appartenant à celle-ci. Cela résulte par un argument *a contrario* de l'article 1428, al. 2, que nous venons d'analyser, et cette solution est universellement admise par la doctrine et par la jurisprudence. Mais il va de soi que, conformément aux principes généraux du droit que nous avons rappelés dans la première partie de notre étude, la femme aura besoin, quand elle exercera les actions de cette nature, d'être autorisée à plaider par son mari ou par la justice. Cette autorisation se manifestera très souvent en pratique par le fait que, lorsque la femme sera demanderesse, le mari se joindra à elle pour l'assister, et qu'il sera assigné par le demandeur lorsqu'elle est défenderesse pour qu'il l'autorise. Et comme, d'autre part, il est le chef de la communauté et qu'il a, en cette qualité, l'usufruit des immeubles de la femme, il sera nécessaire, sous peine de nullité de la procédure, qu'il lui soit laissée une copie séparée de l'exploit et de la signification d'un jugement rendu contre la femme ou d'un acte d'appel.

(1) Guillouard. Traité de contrat de mariage t. II, n° 818.

Il faut aller plus loin et reconnaître au mari, si la femme refuse de revendiquer, entre les mains d'un tiers détenteur un immeuble lui appartenant, la faculté de faire reconnaître le droit de la femme, et cela pour la raison que nous venons d'indiquer que le mari, étant le chef de la communauté, a la jouissance des immeubles propres de la femme, et qu'il faut lui garantir la possibilité de conserver ses droits. Il le fera en exerçant l'action de la femme, non pas en tant que son représentant, mais comme chef de la communauté, étant entendu que le jugement rendu ne sera pas opposable à la femme, à moins que le tiers actionné n'ait pris la précaution de mettre celle-ci en cause. Comme le font remarquer MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, il y a là une situation qui n'est pas sans analogie avec celle qui se produit quand les créanciers exercent, aux termes de l'article 1166, les droits et actions de leur débiteur.

Sous la réserve que nous venons d'indiquer, le principe n'en reste pas moins certain, et il paraît évident que l'action intentée par le mari, sans le concours de la femme, relativement aux immeubles de celle-ci, est viciée d'une nullité absolue, tout au moins lorsqu'elle a été intentée par le mari en son propre nom.^{*} Toute partie aurait, par suite, le droit d'invoquer cette nullité, et rien ne pourrait la couvrir. Toutefois cette opinion n'est pas admise par tous les auteurs; et certains considèrent que dans ce cas la nullité n'a qu'un caractère relatif et que la femme seule peut s'en plaindre (1). Il en résulte que cette nullité doit disparaître

(1) Dans ce sens, Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *op. cit.*, n° 743.

en appel par suite de l'intervention de la femme, à la condition qu'elle puisse former tierce-opposition, et ne peut être opposée pour la première fois en cassation.

De ce fait que la femme a seule qualité pour faire valoir en justice, comme demanderesse ou défenderesse, les droits immobiliers qui lui sont propres, résultent quelques conséquences qu'il convient de noter ici.

Si le mari, commun en biens, n'a pas qualité pour représenter sa femme en justice dans une action immobilière relative aux propres de celle-ci, il a au contraire qualité pour proposer l'exception tirée de ce que la demande aurait dû être formée contre la femme et non contre lui (1).

Le mari ne peut pas valablement défendre à une action en reconnaissance de servitude, ni exercer une action en bornage, lorsque cette action est mêlée d'un débat sur la propriété.

La connaissance qu'aurait eue la femme de l'exercice de l'action par le mari et le silence qu'elle aurait gardé pendant l'instance ne suffiraient pas pour qu'on considérât le mari comme l'ayant représentée, ces circonstances ne pouvant équivaloir au mandat ou à la ratification de la femme (2).

Nous ne pousserons pas plus loin notre étude sur la communauté. Toutefois, avant de terminer ce sujet, il nous paraît utile d'examiner les conséquences de l'autorisation de plaider accordée par le mari à la femme demanderesse ou défenderesse.

(1) Civ. cass. 22 avril 1873. D. P. 73.1.428.

(2) Même arrêt.

De l'exercice des actions judiciaires vont naître, pour la femme aussi bien demanderesse que défenderesse, des obligations, et la question se pose de savoir si ces obligations seront exécutoires seulement sur la nue-propriété des propres de la femme, ou bien si elles engageront également les biens communs et ceux du mari. Ce problème ne peut être résolu que par des distinctions.

S'agit-il des frais du procès ou des dommages-intérêts pouvant atteindre la femme à raison de l'exercice abusif qu'elle a fait de son droit de plaider, l'adversaire qui a obtenu ces condamnations peut poursuivre leur exécution sur la nue propriété des biens de la femme, mais il devra s'en tenir là et ne pourra pas s'attaquer aux biens de la communauté et du mari si la femme n'a été autorisée que par justice. Il en sera tout autrement si la femme était assistée ou autorisée de son mari; dans ce cas les biens du mari et ceux de la communauté se trouveront engagés parce que le mari a commis une faute en autorisant sa femme à plaider, et qu'il n'est que juste qu'il en soit puni.

S'agit-il, au contraire, non des dépens et des dommages-intérêts qui sont la conséquence directe du procès, mais du principal de la condamnation prononcée contre la femme, les mêmes règles ne s'appliqueront pas. Et en effet, le jugement s'est borné à déclarer le droit antérieur du créancier de la femme, et dès lors le montant de la dette reconnue par le jugement ne tombera en communauté que si la dette est mobilière. Cette solution est juste parce qu'il serait souverainement illogique de condamner le mari conjointement ou solidairement avec la femme au paiement d'une dette restée propre à celle-ci; aussi est-elle à peu près

unanimentement admise par la doctrine (1). Cependant certains auteurs (2) ont soutenu qu'il devait en être autrement quand la femme s'est rendue coupable d'un délit ou quasi-délit, mais une pareille opinion n'est soutenable que dans le cas où le mari aurait été complice ou co-auteur du délit commis par la femme. Le simple fait d'avoir assisté son épouse en justice, cherché à pallier sa faute pour atténuer sa condamnation ne saurait faire encourir au mari des conséquences aussi graves.

SECTION II

Régime exclusif de communauté

Nos explications seront ici très brèves, non seulement parce que ce régime est rarement pratiqué, mais aussi parce que le code civil, dans l'article 1531, s'étant borné à dire que le mari conserve l'administration des biens meubles et immeubles de la femme, nous devons en conclure qu'il aura, pour l'exercice des actions relatives aux biens de la femme, les mêmes droits que lui concède l'article 1428. On a, cependant, voulu prétendre qu'il fallait appliquer, dans notre hypothèse, l'article 1549 qui se trouve dans le régime dotal, mais cette opinion n'est plus soutenue aujourd'hui.

(1) Voir notamment Guillouard, *contrat de mar.* t. II, n° 850 ; Aubry et Rau, t. V, § v 504, p. 339 ; Laurent, XXII, n° 80 ; Baudry-Lacantinerie, *Le Courtois et Surville*, *contrat de mariage*, t. II, n° 630.

(2) Rodière et Pont, t. II, n° 786, Troplong, t. II, n°s 922-923.

Les conséquences qui découlent de ce droit d'administration du mari sont les suivantes, en ce qui concerne notre matière :

Le mari peut exercer seul les actions possessoires qui compétent à la femme et défendre aux actions de cette nature qui l'intéresseraient. Il peut, de même, poursuivre sans le concours de sa femme, les détenteurs quelconques et les détenteurs de choses mobilières dues ou appartenant à celle-ci, et dans ce cas, ce qui sera jugé pour ou contre lui, le sera de même à l'égard de la femme, sauf le droit, pour celle-ci, après la dissolution du mariage, de former tierce-opposition au jugement dans le cas de collusion du mari avec le tiers.

Le mari a également le droit de figurer dans un ordre judiciaire, à moins que la femme n'y soit appelée personnellement; mais dans ce cas, elle ne pourrait y figurer qu'avec l'autorisation de son mari ou de justice.

Par contre, il ne peut pas exercer seul les actions immobilières qui compétent à la femme, à moins qu'il n'ait reçu mandat de celle-ci, ou qu'elle lui prête son concours. C'est la femme qui les exercera avec son autorisation ou celle de justice.

SECTION III

Régime de la séparation de biens

Le régime de la séparation de biens se distingue de la communauté légale en ce que le mari ne participe ni à la propriété, ni même à l'administration des biens de la

femme, l'actif et le passif des époux étant complètement distincts et séparés ; mais en sa qualité de femme mariée, la femme reste, malgré sa séparation de biens, soumise à l'autorité maritale et elle ne peut accomplir valablement, sans autorisation, les actes les plus graves de la gestion de son patrimoine. Nous allons en voir précisément une application à propos des actes judiciaires. Les développements qui vont suivre s'appliquent à la fois à la femme séparée contractuellement et à la femme séparée judiciairement, mais non à la femme dont la séparation de bien est la conséquence d'une séparation de corps. Celle-ci, depuis la loi du 6 février 1893, qui a supprimé avec raison la puissance maritale en cas de séparation de corps, est devenue pleinement capable d'exercer seule les actions en justice.

En vertu des articles 215 et 216 du code civil que nous avons étudiés, la femme, même séparée de bien est incapable d'ester en justice sans autorisation, et cela soit comme demanderesse, soit comme défenderesse et, alors même que le procès qu'elle soutient a sa source dans un acte d'administration valablement passé par elle(1). Sur ce dernier point, la doctrine est unanime, et le principe qu'elle admet a été consacré formellement par un arrêt déjà ancien de la cour de cassation du 13 novembre 1844: « Attendu que la femme, même séparée de biens, ne peut ester en jugement sans l'autorisation

(1) A propos de la femme séparée de biens contractuellement la question s'est posée de savoir si le contrat de ce mariage pouvait étendre ou restreindre sa capacité. Il semble qu'il faille répondre affirmativement, l'article 1387 proclamant le principe de la liberté des conventions matrimoniales (Planiol, t. III, n° 1521.)

de son mari ou, en cas de refus du mari, sans l'autorisation de la justice ; attendu que ce principe est général et doit recevoir son application dans tous les cas où la femme compare en justice, soit en demandant, soit en défendant, quelle que soit la nature de l'action qu'elle intente, ou quel que soit l'objet de la demande dirigée contre elle. (1)

Il résulte de ceci que, lorsque la femme séparée de biens n'est pas payée volontairement par ses débiteurs, elle ne peut pas exercer contre eux, sans autorisation, de poursuites en justice. Pas davantage, elle ne peut, sans autorisation, suivre une procédure d'ordre ou surenchérir. Elle peut seulement faire les actes conservatoires qui se placent au début de certaine saisie, par exemple, l'opposition en cas de saisie-arrêt. Toutefois, la femme judiciairement séparée est autorisée par le jugement même qui a prononcé la séparation de biens à exercer les poursuites en recouvrement des reprises qui sont, d'ailleurs, une suite nécessaire de la séparation, et qui doivent être, sous peine de nullité, commencées dans la quinzaine et continuées depuis sans interruption.

En sera-t-il de même des actes qui ne constituent pas une suite nécessaire de la séparation de biens, comme la surenchère ou la production à un ordre ouvert sur les immeubles du mari ? Avec MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (2) nous ne le pensons, mais toutefois on a prétendu, et la jurisprudence est dans ce sens, que, lorsque la surenchère a pour effet le paiement des reprises de la femme et qu'elle porte sur des immeubles grevés de son hypothèque

(1) Civ. cass. 13 novembre 1844, S. 45.1.45 ; D. 45.1.33.

(2) Op. cit. t. III, n° 1507.

légale, elle doit être regardée comme un acte d'administration et, à ce titre, peut être exercée par la femme séparée seule : « Attendu, dit dans ce sens un arrêt de cassation du 29 mars 1853 (1), que la séparation, quoique prononcée en justice, est nulle, si elle n'a point été exécutée par le paiement réel des droits et reprises de la femme, jusqu'à concurrence des biens du mari, ou au moins, par des poursuites commencées dans la quinzaine qui a suivi le jugement, et non interrompues depuis ; que la loi elle-même, faisant ainsi à la femme un devoir de poursuivre les effets du jugement de séparation, elle se trouve implicitement à la vérité, mais nécessairement relevée de son incapacité et doit être réputée autorisée par ce jugement même pour tous les actes qui tendent au recouvrement de ses reprises, et notamment pour l'exercice du droit de surenchère motivé, comme dans l'espèce, par la nécessité de poursuivre la restitution de sa dot, etc. Même en admettant une pareille thèse, il faut observer que l'autorisation de justice deviendra indispensable aussitôt que les formalités de la surenchère prendront le caractère d'une action en justice, puisque, comme nous le savons, la femme, même séparée, ne peut ester en justice sans autorisation.

Pour ce qui est de l'acquiescement par la femme séparée, des distinctions s'imposent. Aucune difficulté ne se présente pour l'acquiescement tacite résultant de ce que la femme ne fait pas appel dans les délais légaux ; un tel acquiescement est évidemment permis à la femme sans autorisation. Mais, lorsqu'il s'agit, pour la femme, d'acquiescer à une demande

(1) S. 53.1.442, D. 53.1.103.

formée contre elle et à laquelle elle a été autorisée à résister, l'acquiescement apparaît comme une aliénation d'un droit contesté, et exige la nécessité pour elle d'être habilitée. Au contraire, l'acquiescement à la décision rendue, ce qui se présentera, lorsque la femme ayant triomphé sur les points essentiels du procès, aura vu ses prétentions rejetées sur d'autres points, n'exige aucune autorisation parce qu'elle n'est pas autre chose qu'un acte d'administration (1).

Les mêmes principes doivent nous guider pour le désistement. Le désistement du droit ou le désistement d'instance, lorsque celui-ci doit entraîner la perte du droit impliquent, pour la femme, la nécessité de l'autorisation. Quid pour le désistement d'instance d'une manière générale ? Bien que la question soit plus douteuse, nous pensons qu'il faut admettre la même solution, et nous croyons qu'on peut ici raisonner par analogie avec ce qui se passe en matière de liquidation judiciaire. L'article 7 de la loi du 4 mars 1889 décide que le liquidé ne peut se désister qu'après l'avis des contrôleurs, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, et il semble logique, à raison de l'analogie des deux situations qui visent l'une et l'autre une question de capacité, d'étendre cette solution à la femme séparée.

La transaction sera-t-elle permise sans autorisation à la femme séparée ? Nous ne le croyons pas. En effet, d'après l'article 2045 c. civ., la transaction n'est possible que pour les personnes qui sont capables de disposer de l'objet auquel

(1) Dans ce sens, voir un arrêt de la cour de cassation (ch. des requêtes) du 16 mai 1884, S. 85.1.61, D. 84.1.412.

elle se rapporte. Or, dans la doctrine généralement admise, le mobilier ne peut pas être aliéné à titre onéreux, sans limite par l'épouse séparée, la capacité d'aliénation de cette dernière devant s'apprécier d'après les pouvoirs d'administration que lui reconnaît la loi.

A fortiori, devra-t-il en être de même du compromis. Il faut, du reste, observer qu'ici, comme le compromis tend à porter un litige devant un tribunal arbitral, nous tombons dans un des cas d'application de l'article 215 qui défend à la femme, même séparée, d'ester en justice sans autorisation.

SECTION IV

Régime dotal

L'article 1549, suivant lequel le mari a seul le pouvoir de poursuivre les débiteurs et détenteurs de la dot, lui attribue, en principe, le droit d'exercer, pendant le mariage, toutes les actions dotales ; la question de l'autorisation matrimoniale ne se pose, dès lors, pas pour cette catégorie d'actions. En adoptant cette solution, le code civil s'est inspiré de la pratique admise dans les parlements de Grenoble, Aix et Toulouse, pratique qui était repoussée au contraire dans la plus grande partie du ressort du parlement de Bordeaux et dans les pays de droit écrit dépendant du parlement de Paris.

C'est là une disposition qui est très dure pour la femme. Aussi, certains auteurs (1) ont soutenu que la femme dotale

(1) Notamment Tessier, *De la dot*, t. II, p. 137 ; Pipeau, *proc. civ.*, t. I, p. 85 ; Rodière et Pont, t. III, n° 1758.

pouvait, avec l'autorisation de son conjoint ou de la justice, exercer les actions intéressant sa dot. Cette opinion qui s'appuie sur certains passages de Domat, et sur l'article 83-6° du code de procédure civile, d'après lequel les causes des femmes non autorisées de leur mari, ou même autorisées lorsqu'il s'agit de leur dot et qu'elles sont mariées sous le régime dotal, seront communiquées au procureur de la république, n'est plus soutenue aujourd'hui par aucun auteur et la jurisprudence la condamne d'une façon unanime. Sans entrer dans le détail de la discussion, nous ferons remarquer que cette opinion se heurte d'une façon évidente au texte de l'article 1549, qui confère au mari *seul*, le droit de poursuivre les débiteurs et détenteurs des biens dotaux; aucun doute ne peut dès lors s'élever sur les intentions des rédacteurs du code civil.

Quelles seront ces actions ? Ce seront d'abord les actions mobilières et possessoires, et parmi elles, il faut faire entrer l'action en paiement de la dot contre ceux qui l'ont constituée ou qui en sont débiteurs à un autre titre.

Ce seront encore les actions pétitoires et immobilières, à la différence de ce qui existe, comme nous l'avons vu sous le régime de la communauté, ainsi que sous tous les autres régimes. Il en résulte que le mari a le plein exercice, sans le concours de sa femme, des actions en revendication de la propriété de l'immeuble dotal ou d'un droit réel sur cet immeuble, et que de même, il a qualité, pour poursuivre en son nom personnel, l'annulation d'une obligation hypothécaire contractée par sa femme et grevant un immeuble dotal.

C'est en partant de ce principe, d'après lequel le mari peut exercer ces diverses actions que la jurisprudence a été

amenée à décider que les poursuites contre les débiteurs de sommes dotales doivent être dirigées par le mari à peine de nullité, de telle sorte qu'une saisie faite à la requête de la femme est nulle, encore que le mari ait paru dans l'acte de saisie pour l'autoriser (1), que la femme autorisée par son mari est sans qualité, même pendant l'instance en séparation de biens, pour faire prononcer la distraction de ses immeubles dotaux d'une saisie immobilière dans laquelle ils ont été compris, et cela alors même que le mari serait déchu en pareil cas aux termes des articles 728 et 729 du code de procédure civile, du droit de proposer, comme partie saisie, aucun moyen de nullité, tant en la forme qu'au fond, cette déchéance ne faisant pas obstacle à ce qu'il forme, en qualité de mari, la demande en distraction des immeubles dotaux de sa femme (2).

En vertu de quel principe de droit, le mari est-il substitué à la femme dans l'exercice de ces diverses actions ? C'est en vertu du mandat qu'il tient de la loi, mais comme il a un droit de jouissance sur les biens de la femme, il en découle que la décision qui interviendra n'aura pas seulement autorité de la chose jugée à l'égard de la femme, en tant que le fond du droit aura été l'objet du débat, mais également à l'égard du mari, en ce qui concerne son droit de jouissance. D'ailleurs, nous estimons qu'ici encore la femme pourra attaquer, par la voie de la tierce-opposition, les jugements rendus sur les actions dotales, si elle possède les éléments nécessaires pour démontrer l'existence d'une

(1) Limoges, 4 février 1822.

(2) Bordeaux, 29 juillet 1857, D. P. 57.2.216.

collusion frauduleuse entre le mari et ses adversaires. La raison en est qu'elle peut se considérer dans cette hypothèse comme n'ayant pas été représentée au procès.

La femme dotale si sacrifiée au point de vue des actions en justice aura-t-elle au moins le droit d'exercer pendant le mariage les simples actions conservatoires? La doctrine est à peu près unanime pour le lui refuser, et lui reconnaît seulement, en cas de négligence du mari, la faculté de recourir à la séparation de biens (1); c'est ainsi qu'elle ne peut pas faire les actes de poursuites nécessaires pour interrompre une prescription sur le point de s'accomplir, comme un commandement, une saisie, une citation en justice; mais par contre, les auteurs lui donnent le droit de faire, sans l'autorisation de son mari, certains actes conservatoires, tels que la prise ou le renouvellement d'une inscription hypothécaire, parce que ces actes ne nécessitent ni une poursuite, ni l'introduction d'une action.

Toutefois les règles que nous venons de rappeler comportent un certain nombre d'exceptions.

Tout d'abord le principe de l'exclusion de la femme de l'exercice des actions dotales n'est pas aussi absolu lorsqu'elle agit comme défenderesse que lorsqu'elle agit comme demanderesse, dans ce sens que la doctrine admet qu'elle peut alors être appelée en cause. Sans doute cet appel en cause paraît bien contraire à l'article 1549, mais il peut présenter une certaine utilité en rendant par exemple possible une comparution personnelle ou un interrogatoire sur faits

(1) En ce sens Aubry et Rau, 4^e édit., t. v, § 536. Rodière et Pont, *op. cit.*, 2^e édit., t. III, n^o 1757. Guillouard, t. IV, n^o 1785.

et articles (1) et c'est pour le même motif qu'il semble qu'on doit également accueillir une intervention spontanée de la femme.

Mais arrivons à des cas plus certains dans lesquels la loi elle-même déroge à la règle de l'article 1549.

Le premier concerne l'expropriation forcée du fonds dotal. Cette expropriation ne doit pas aux termes de l'article 2208 code civil être poursuivie contre le mari seul, mais doit l'être également contre la femme. Le motif de cette exception qui joue pour un certain nombre de dettes et notamment pour celles qui ont acquis date certaine avant l'époque fixée par l'article 1558 est aisé à comprendre. La procédure de la saisie immobilière est particulièrement grave et il est inadmissible qu'elle puisse être dirigée contre l'immeuble de la femme à l'insu de cette dernière. Informée du danger qui la menace, la femme jugera peut-être préférable de vendre quelques-uns de ses biens paraphernaux ou de demander au tribunal l'autorisation d'aliéner conformément à l'article 1558, d'autres immeubles dotaux.

On s'est demandé à propos de cette première hypothèse, si la solution résultant de l'article 2208 devait être étendue à l'action en résolution pour défaut de paiement du prix, et à d'autres actions en réméré ou en rescision pour cause de lésion de plus de sept douzièmes. MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville (2) partant de ce principe que dans ces différentes hypothèses, l'immeuble acquis a définitive-

(1) Dans ce sens Guillaud, t. iv, n° 1782. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, t. iii, n° 1622.

(2) Tome iii, n° 1628.

ment revêtu le caractère dotal estiment que le mari et la femme doivent être mis en cause, le premier parce que si l'aliénation est résolue ou rescindée, le vendeur sera tenu de restituer à lui seul les deniers dotaux qu'il a reçus, et la seconde parce que l'obligation de payer le prix a été contractée par elle, et d'une manière générale, parce qu'elle a été partie au contrat de vente qui va être résolu ou rescindé.

Un deuxième cas est relatif à l'expropriation pour cause d'utilité publique; la très grande majorité des auteurs estiment que lorsque la femme assistée de son mari a décliné les offres de l'administration, l'instance en règlement de l'indemnité doit être formée contre les deux époux. Cette solution résulte pour eux de la combinaison de l'article 25 de la loi du 3 mai 1841 aux termes duquel les offres de l'expropriant peuvent être acceptées par les femmes mariées sous le régime dotal, assistées de leur mari avec l'article 28 de cette même loi qui décide que dans l'hypothèse où les offres ne sont pas acceptées, l'administration citera devant le jury les propriétaires et tous les autres intéressés, expression qui comprend à n'en pas douter, la femme et le mari.

Enfin un troisième cas qui a donné lieu à plus de difficultés a trait à l'action en partage des biens dotaux.

L'article 818 du code civil ne permet au mari de représenter sa femme dans un partage que s'il s'agit de biens destinés à tomber en communauté, ce qui arrivera seulement pour les successions purement mobilières; pour les successions immobilières, la présence de la femme sera indispensable pour le partage définitif, le mari ne pouvant procéder seul qu'à un partage provisionnel. Mais est-ce la même solution qui doit être admise sous le régime dotal?

Dans une première opinion, le mari d'une femme dotale a le pouvoir pendant le mariage d'exercer seul l'action en partage des biens dotaux, comme il peut d'une manière générale exercer toutes les actions intéressant la dot (1) et voici comment on raisonne. On fait remarquer qu'à l'époque où l'article 818 a été rédigé, le régime dotal était vu par les rédacteurs du code avec une grande défaveur et l'on ne pouvait savoir s'il serait définitivement accepté, tout au moins dans la forme qu'il avait prise dans les pays de droit écrit. Lorsque plus tard ce régime trouva sa place dans le code, on rédigea l'article 1549 pour réglementer l'exercice des actions dotales et c'est ce texte qui doit servir de guide en cas de difficultés et non l'article 818 qui s'applique aux régimes pratiqués autrefois dans les pays coutumiers et au régime exclusif de communauté. C'est en s'inspirant de ces considérations qu'un arrêt ancien de la cour d'Aix du 30 avril 1841 avait décidé que le mari peut seul, et sans le concours de la femme procéder en justice au partage judiciaire des biens dotaux indivis avec des tiers, et qu'un arrêt beaucoup plus récent de la cour de Nîmes du 25 juin 1896 (2) proclame que le mari d'une femme dotale tant à raison de la jouissance qu'il a des biens dotaux que comme administrateur de la dot, a intérêt et qualité pour rechercher la consistance de celle-ci et, à ce titre, introduire une action ten-

(1) Dans ce sens Troplong, *op. cit.*, t. I, IV, n° 3108 et suiv. Jouiton, *op. cit.*, n° 116. Griveau, *op. cit.*, p. 38. Benoit, *op. cit.*, t. I, n° 117. Delvincourt, *op. cit.*, t. III, p. 338.

(2) Sous civ. req. 5 décembre 1898. D. P. 99.1.478.

dant à la liquidation d'une succession à laquelle sa femme est appelée.

Dans une deuxième opinion, au contraire, qui est celle de la très grande majorité des auteurs, le mari ne peut pas sous le régime dotal, sans le concours de sa femme, procéder en justice au partage judiciaire des biens dotaux indivis avec des tiers (1). C'est celle à laquelle nous nous rallions. Elle s'appuie non seulement sur le caractère général de l'article 818, mais également sur la rédaction de l'article 1549 qui parle de la poursuite des débiteurs et des détenteurs des biens dotaux, alors que dans l'action en partage, il ne s'agit pas de poursuivre les détenteurs. D'ailleurs l'action en partage est gouvernée par des règles qui lui sont propres, et comme le font observer MM. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, cela tient à ce que cette action ne tend pas seulement à la constatation d'un droit, mais aboutit à la transformation du droit lui-même.

La jurisprudence partage en général cette façon de voir : « Attendu, est-il dit dans un arrêt de Bordeaux du 30 mai 1871, qu'aux termes de l'article 818 du code civil placé au titre des successions, le mari ne peut sans le concours de sa femme, provoquer le partage des biens à elle échus qui ne tombent pas en communauté; que cet article, qui ne fait

(1) En ce sens Rodière et Pont, *op. cit.*, t. III, n° 1761. Demolombe, *op. cit.*, t. XV, n° 583-584. Aubry et Rau, *op. cit.*, t. V, § 535 suiv. Demante et Colmet de Santerre, *op. cit.*, t. VI, n° 221 bis. LV, Guillouard, *op. cit.*, n°s 1787-1788. Laurent, *op. cit.*, t. XXIII, n° 476. Huc, *op. cit.*, t. IX, n° 439. Martin, *Etudes sur le régime dotal*, t. I, 99. Baudry-Lacantinerie et Wahl, *Succession*, t. II, n° 2927. Baudry-Lacantinerie, Le Courtois et Surville, *Contrat de mariage*, n° 1625. Planiol, 5^e édit, n° 1514.

aucune distinction, pose un principe général applicable à tous les partages d'hérédités dévolues à des femmes mariées, quel que soit le régime auquel elles sont soumises ; attendu, à la vérité, que, sous le régime dotal, le mari est administrateur des biens de sa femme ; que, tenu à ce titre et sous sa responsabilité personnelle de veiller à la conservation des intérêts qui lui sont confiés, il a qualité pour poursuivre les débiteurs de la dot et pour actionner en désistement les détenteurs d'un immeuble dotal ; mais que l'article 1549 du code civil dans lequel il puise ce droit ne lui confère pas celui de demander seul le partage définitif d'une succession indivise entre la femme et ses co-héritiers ; qu'en effet, ceux-ci ne sont pas, dans le sens de la loi, les débiteurs de la dot, et que l'action dirigée contre eux a pour but, non de revendiquer un immeuble déterminé, mais de faire attribuer à la femme dans la masse commune, des biens qui, par le résultat du partage, deviendront affectés à son profit, du caractère de dotalité, etc. (1). »

Signalons enfin, pour mémoire, une troisième opinion soutenue par un seul auteur Marcadé (2), d'après laquelle le mari n'aurait pas sans le concours de sa femme, qualité pour intenter l'action en partage, mais aurait qualité, au contraire, pour y défendre.

Tels sont les trois seuls cas dans lesquels le concours de

(1) Bordeaux, 30 mai 1871. D. 74.2.15. S. 71.2.147. Voir également dans ce sens Cass. 21 janvier 1846. D. 46.1.10. S. 46.1.263. Cass. civ. rej. 5 décembre 1898. D. 99.1.478.

2) Tome III sur l'article 818, n° 2 et tome VI sur l'article 1549, n° 3.

la femme est nécessaire au mari pour la régularité de la procédure. Les auteurs sont portés à les présenter comme des exceptions à la règle de l'article 1549, mais comme le remarque M. Planiol, il ne s'agit pas ici à proprement parler d'action en justice au sens véritable du mot ; et en effet, il s'agit plutôt d'aliéner plus ou moins librement des biens dotaux que de plaider sur l'existence d'un droit de propriété au profit de la femme.

Demandons-nous pour terminer cette matière des actions dotales, si la femme peut transiger, compromettre, acquiescer, se désister sur ses biens dotaux.

Bien que certains auteurs estiment que la femme dotale pourrait valablement transiger relativement à ses immeubles dotaux, en remplissant les formalités prescrites par l'article 467 du code civil, l'opinion généralement admise en doctrine est que toute transaction, soit quant à la propriété des immeubles dotaux, soit quant aux droits ou actions immobiliers, dépendant de la dot est en principe interdite aux époux mariés sous le régime dotal. Cette opinion se fonde sur ce que d'après le code civil, article 2045, il faut pour transiger avoir la capacité de disposer des objets compris dans la transaction. La jurisprudence a une tendance à faire sur cette question une distinction. Elle reconnaît à la femme dotale assistée et autorisée de son mari, le droit de faire les transactions qui peuvent être considérées comme des actes de sage administration et qui ne renferment pas une aliénation déguisée du fonds dotal (1).

(1) Voir notamment dans ce sens un arrêt de la cour de Caen du 3 mars 1860. D. P. 60.2.65.

Quant au compromis, il est évidemment impossible à l'égard des immeubles dotaux. Non seulement les principes du droit et les articles 1003, 1004 et 83-6° du Code de procédure civile s'y opposent, mais aussi la considération des dangers auxquels expose une pareille procédure. Cependant il a été jugé que la femme dotale ayant la faculté de consentir au partage amiable pouvait souscrire avec le consentement de son mari un compromis à l'effet de procéder au partage d'un immeuble resté indivis (1).

La question n'est guère controversée pour l'acquiescement. Dans l'opinion générale, la femme dotale assistée de son mari ne peut pas acquiescer à une demande qui doit avoir pour résultat un amoindrissement du fonds dotal. C'est en s'inspirant de la même façon de voir que la jurisprudence a décidé que la femme dotale ne peut valablement acquiescer, même par un acte d'exécution volontaire au jugement qui a repoussé sa demande en distraction d'immeubles dotaux compris dans une saisie, et que par suite, elle ne se rend pas par un tel acte irrecevable à interjeter appel de ce jugement (2).

Ce que nous disions de l'acquiescement s'applique également au désistement, lorsque ce désistement porte sur le fonds du droit. Il en serait autrement si le désistement portait seulement sur l'instance ; un tel désistement, en effet, n'empêche pas d'agir de nouveau, à moins que le droit ne soit éteint par la prescription ou par une déchéance.

Il nous faut maintenant examiner quel va être l'effet de

(1) Bordeaux, 11 février 1836.

(2) Grenoble, 23 juillet 1859, D. P. 60.5.129.

la séparation de biens au point de vue de l'exercice des actions dotales.

Cet effet est considérable. Tant que le mari a conservé l'administration de la dot, c'est-à-dire, jusqu'à la dissolution du mariage ou à la séparation de biens, c'était à lui seul qu'appartenait l'exercice des actions dotales ; une fois la séparation de biens prononcée, la femme seule à l'exclusion du mari, aura l'exercice de ces actions, mais conformément aux principes que nous avons rappelés, elle ne pourra user de ce droit qu'avec l'autorisation de son mari ou celle de la justice.

Nous n'entrerons pas dans le détail de cette matière, mais il nous paraît intéressant de signaler l'application de cette règle à propos de l'action révocatoire.

Lorsque la femme autorisée ou non de son mari, a vendu l'immeuble dotal, elle ne peut pas exercer l'action en nullité et faire révoquer l'aliénation. Le mari seul peut le faire en vertu de l'article 1549 et si son abstention met la dot en péril, la seule ressource que possède la femme est de demander la séparation de biens. Une fois cette séparation obtenue, elle a l'action révocatoire, mais on s'est demandé si elle ne pouvait pas, si elle préférerait, s'en tenir à une action hypothécaire contre son mari en se faisant colloquer à l'ordre ouvert sur le prix de ces biens. Ce serait sortir de notre sujet que de discuter cette question. Il nous suffira de rappeler que d'après l'opinion qui a prévalu en doctrine et en jurisprudence, la femme séparée de biens a le droit d'opter entre l'action en révocation de l'aliénation et l'exercice de son hypothèque légale sur les immeubles de son mari à raison de la créance résultant de cette aliénation. D'ailleurs

la généralité des auteurs estiment que même pendant le mariage et à titre de mesure conservatoire, la femme séparée de biens peut demander dans les ordres ouverts sur le mari une collocation provisoire ou éventuelle pour le montant de l'indemnité qui lui est due à raison de l'aliénation de son immeuble dotal, et conserver ainsi pour l'époque de la dissolution du mariage la faculté d'option ; et alors de deux choses l'une, ou bien elle optera pour la revendication, et dans ce cas, le montant de la collocation reviendra aux créanciers du mari, ou bien elle ne le fera pas, et dans cette hypothèse, la collocation deviendra définitive, et les détenteurs des fonds se libéreront définitivement dans les mains de la femme.

Quoiqu'il en soit, et c'est le seul point qui nous intéresse, si après la séparation de biens elle opte pour l'action révocatoire, il sera nécessaire qu'elle se munisse de l'autorisation de son mari à défaut de celle de justice.

Passons maintenant, et ici nous n'avons qu'un mot à dire aux biens paraphernaux.

La femme mariée sous le régime dotal ne peut exercer aucune action relative à ces biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari ou de justice. Cette solution résulte sans contestation possible de l'article 1576 ainsi conçu : « La femme a l'administration et la jouissance de ses biens paraphernaux. Mais elle ne peut les aliéner, ni paraître en jugement à raison des dits biens, sans l'autorisation du mari, ou à son refus, sans la permission de la justice ». Elle se trouve en somme dans la même situation que la femme séparée de biens.

Il nous reste encore à examiner, et ce sera l'objet des deux appendices qui terminent cette étude, la situation de la femme commerçante et de la femme qui possède des biens réservés.

APPENDICE I

FEMME COMMERÇANTE

L'autorisation donnée à une femme mariée de faire le commerce a pour principal effet d'étendre considérablement sa capacité, dans ce sens que par dérogation à l'article 223 du code civil, elle n'aura plus besoin d'une autorisation spéciale pour chacun des actes relatifs à son commerce. Néanmoins, si la femme était devenue, sous l'empire du code civil et du code de commerce, pleinement capable pour acheter, vendre, emprunter, échanger, et d'une façon générale pour passer des contrats ayant trait à son négoce, elle ne pouvait pas, au contraire, plaider sans autorisation spéciale pour ces mêmes affaires. Cette disposition qui résultait de l'article 215 du code civil était unanimement critiquée. C'est en vain qu'on cherchait à la justifier en faisant remarquer qu'un procès ne présente jamais pour la femme un caractère d'urgence tel qu'elle ait intérêt à s'engager dans une instance judiciaire sans l'assentiment de son mari, ou tout au moins sans l'autorisation de justice ; il n'était pas moins certain que la pratique se trouvait en présence d'une disposition gênante et inexplicable.

La loi du 13 juillet 1907 sur les biens réservés de la

femme a-t-elle modifié cette situation? C'est là une question extrêmement importante et qui, toutefois, est discutée. Examinons comment elle se pose. L'article 1, alinéas 1, 2 et 3 de la loi nouvelle est ainsi conçu : « Sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage, la femme a, sur les produits de son travail personnel et les économies en provenant, les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du code civil donne à la femme séparée de biens. — Elle peut en faire emploi en acquisitions de valeurs mobilières ou immobilières. — Elle peut, sans l'autorisation de son mari, aliéner à titre onéreux les biens ainsi acquis ».

D'autre part, aux termes de l'article 6 de la même loi, la femme peut ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi.

Il résulte de la combinaison de ces deux textes que la femme n'a plus besoin de l'autorisation de son mari pour figurer dans une action lorsqu'il s'agit de ses biens réservés. C'est bien dans ce dernier sens qu'il faut entendre les mots : « contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi ».

Cela étant, il faut observer que la loi de 1907 ne donne pas à la femme le droit de faire le commerce. Ce droit, la femme en jouissait en vertu des articles 4 et 5 du code de commerce, et puisque l'article 6 de la loi de 1907 se rapporte uniquement à la gestion des biens réservés, il paraît en découler que les contestations s'élevant à l'occasion de tous autres biens que ceux qui sont réservés doivent continuer à être soumis à la règle ancienne, c'est-à-dire à la nécessité de

l'autorisation maritale, ou, à défaut, de l'autorisation de justice. Cette solution a, d'ailleurs, été adoptée par plusieurs lois étrangères, notamment par la loi finlandaise du 15 avril 1889 qui décide que la femme pourra agir sans autorisation dans toutes les instances relatives aux biens dont elle a la disposition, par la loi genevoise du 7 novembre 1894, qui ne permet à la femme l'action en justice que pour les contestations qui pourraient s'élever sur la consistance des biens réservés, par la loi belge qui la lui refuse et se borne à faciliter et à réglementer l'intervention de la justice, dans le cas de refus d'autorisation du mari.

Il semble donc résulter de la simple lecture du texte que la femme commerçante est restée tout aussi incapable d'ester en justice que sous l'empire du code civil et du code de commerce. Cependant, la plupart des auteurs et des commentateurs de la loi admettent pour elle, depuis 1907, le droit d'ester librement pour ce qui concerne son commerce, mais ils diffèrent dans leurs explications.

Pour M. Pichon (1) cette solution est la conséquence de ce qu'en plaçant dans l'exercice de son commerce la femme ne fait qu'agir pour l'emploi des produits de son travail, droit que l'article 6 lui reconnaît sans réserve. Dans cette opinion la femme en exerçant le commerce peut être considérée comme faisant emploi des produits de son travail et il en résulte que les litiges nés à l'occasion des opérations de son commerce sont nécessairement relatifs à ces droits. Mais cette manière de voir ne paraît pas tout à fait exacte. Et en effet, pour que l'on puisse considérer que la femme

(1) *Revue crit. de lég. et de jurispr.* 1908, p. 79 et note 1.

commerçante ne fait qu'employer les produits de son travail, il faut supposer qu'elle s'est établie avec les seules économies provenant de ses biens personnels. Or, cela n'est pas toujours le cas. Très souvent la première mise de fonds lui a été fournie par son mari ou par la communauté, et jusqu'à la restitution complète de cette avance il semble exagéré de prétendre qu'elle ne fait qu'employer les produits de son travail.

On a également fait remarquer que l'assimilation entre l'exercice du commerce et l'emploi du pécule est inexacte à un autre point de vue (1). Du moment, en effet, — et c'est l'opinion généralement admise — que la femme mariée ne peut pas, même depuis la loi nouvelle, entreprendre le commerce sans autorisation, serait-ce avec des économies réalisées sur ses gains personnels, et que pour cela l'autorisation du mari ou de justice lui est toujours indispensable, il est impossible de la considérer, lorsqu'elle exerce le commerce, comme usant des pouvoirs qui lui sont reconnus par la loi de 1907. Elle ne fait, en réalité, pas autre chose que d'user de la capacité spéciale que lui confère le consentement de son mari ou de justice, capacité qui diffère entièrement dans son but et dans son esprit de celle qui lui est octroyée par la loi de 1907 pour la gestion de son pécule.

M. Valéry (2), pour arriver à la même solution que M. Pichon raisonne d'une façon différente. S'il est vrai, observe-

(1) Deschamps, *La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907*, Thèse, Paris, 1909.

(2) Valéry, *Annales de droit commercial*, 1907, p. 397.

t-il, que l'article 215 du code civil refuse à la femme mariée le droit d'ester en justice sans l'autorisation de son mari quand même elle serait marchande publique, il ne faut pas perdre de vue que l'article 6 de la loi du 13 juillet 1907 lui permet de se passer de cette autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par cette loi nouvelle. Il en résulte nécessairement que la même faculté doit appartenir à la femme commerçante. Si, en effet, il en était autrement, cette dernière se trouverait placée dans une condition désavantageuse, et tandis, par exemple, que dans une instance s'élevant à l'occasion d'un contrat de services, l'ouvrière ou l'employée n'aurait pas à produire l'autorisation de son mari, cette formalité serait exigée pour la patronne.

Sans doute, nous sommes là en présence de solutions qui apparaissent comme illogiques, mais ce n'est pas encore une preuve que la loi de 1907 ait voulu instituer en notre matière un régime nouveau.

Cela veut-il dire que réellement depuis la loi de 1907 la femme commerçante ne peut pas, ester seule en justice? Nous ne le pensons pas; seulement nous croyons qu'il faut chercher autre part l'explication désirée.

L'article 1 de la loi nouvelle, dont nous avons donné le texte plus haut, en attribuant à la femme des droits d'administration sur les revenus de ses biens réservés, lui accorde sans aucune contestation possible le droit de toucher son salaire. Puisqu'il en est ainsi, il en découle, aux termes de l'article 6, qu'elle peut ester librement en justice pour les difficultés s'élevant à ce sujet. Or, la commerçante réalise elle aussi des gains. Sans doute, à la différence de l'ou-

rière, elle ne gagne pas une somme fixe, qui lui est versée à des époques déterminées et qui est indépendante de la prospérité des affaires, mais elle fait un nombre considérable d'opérations s'analysant le plus souvent en achat et vente, et ses bénéfices résulteront de l'excédent de ses profits sur ses pertes. En résumé, ce n'est pas une opération déterminée qui fera apparaître son gain, mais une succession d'opérations, et le procès qu'elle fait à raison de son commerce pour obtenir finalement les produits de son travail doit entrer en ligne de compte pour la perception de ses gains. Il faut en conclure qu'elle doit pouvoir ester librement en justice.

Il ne saurait donc, à nos yeux, y avoir aucun doute sur la question. La femme depuis 1907 peut ester sans autorisation en ce qui concerne son commerce, et cela bien que le législateur n'ait pas cru devoir modifier la rédaction de l'article 215 du code civil ainsi conçu : « La femme ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari, *quand même elle serait marchande publique* ». La suppression de ce dernier membre de phrase aurait coupé court à toute controverse ; elle a, du reste, été proposée postérieurement au vote de la loi de 1907.

La jurisprudence s'est fixée de très bonne heure dans ce sens. Un jugement du tribunal de Bordeaux du 9 novembre 1908 (1) est absolument formel à cet égard. On ne contestait même pas dans l'espèce le point de savoir si la femme commerçante était dispensée de l'autorisation matrimoniale pour ester en justice, ce qui paraissait hors de doute,

(1) D. P., 1909.5.18.

mais les époux soutenaient que les tiers adversaires de la femme devaient dans le silence de la loi continuer à mettre en cause le mari. Le jugement fait remarquer que si la femme peut, pour soutenir des droits, ester en justice sans autorisation, elle doit, par voie de conséquence, pouvoir défendre seule à une demande en discontinuation des poursuites exercées par elle ou en opposition à un commandement.

Au surplus, la disposition de l'article 6 doit être interprétée d'une façon large. Par exemple, on ne saurait contester que, bien que cette disposition mentionne seulement le droit pour la femme d'ester en justice, celle-ci puisse à *fortiori* et sans l'autorisation de son mari ou de justice transiger et compromettre, participer à une adjudication, à une contribution ou à un ordre. La femme commerçante, avant la loi de 1907, avait toujours été admise à transiger sur des difficultés relatives à son négoce, parce qu'elle a, ainsi que l'exige l'article 2045, al. 1 du code civil, la disposition des droits compris dans la transaction. Au contraire, elle ne pouvait pas, du moins dans l'opinion générale, compromettre sans être spécialement autorisée, le compromis impliquant un procès porté devant les arbitres (1). Aujourd'hui, ce dernier droit doit être reconnu à la femme.

Une question plus délicate est celle de savoir si certaines contestations nées à l'occasion du commerce de la femme, mais non relatives aux droits qui lui sont reconnus par la loi de 1907, peuvent être librement exercées par elle. Ce

(1) Lyon-Caen et Renault, *Manuel de droit commercial*, 1913, p. 71.

sont, par exemple, les contestations auxquelles peuvent donner lieu les aliénations et constitutions d'hypothèques consenties par la femme sur des immeubles n'entrant pas dans ses biens réservés. La raison de douter est que la loi nouvelle ne confère à la femme l'autorisation d'aliéner que les immeubles de son pécule, et que dès lors pour ceux ne faisant pas partie de son pécule elle continue, semble-t-il, à être régie par l'article 7 § 1 du code de commerce. Du moment que nous avons admis que la femme peut ester seule pour les besoins de son commerce, alors même que l'objet de la contestation n'est pas un bien réservé, et cela parce qu'en agissant ainsi elle poursuit un gain commercial devant constituer pour elle un bien réservé, nous concluons à sa liberté complète d'estimer en justice dans les contestations de cette nature. Sans doute, cette solution constitue une atteinte grave à l'autorité maritale, mais la chose essentielle, depuis la loi de 1907, n'est-elle pas d'empêcher le mari d'intervenir dans le commerce de la femme ? Ce but ne serait pas atteint dans l'opinion contraire.

APPENDICE II

LES BIENS RÉSERVÉS

La loi du 13 juillet 1907 a apporté dans le régime des biens pendant le mariage de telles modifications qu'il nous a paru indispensable de consacrer un appendice à l'étudier, d'abord dans son esprit général, et ensuite au point de vue spécial qui nous occupe, celui de la capacité d'ester en justice.

Le législateur, prenant comme point de départ la nécessité d'assurer, à la femme qui travaille, une protection contre la main-mise du mari sur ses salaires, a garanti à la femme « sous tous les régimes et à peine de nullité de toute clause contraire portée au contrat de mariage »... « les mêmes droits d'administration que l'art. 1449 c. civ. donne à la femme séparée de biens » (art. 1, § 1^{er}).

Mais avant d'entrer dans l'étude de la loi, il convient de rappeler un principe auquel, au surplus, la loi ne porte aucune atteinte, c'est le droit du mari d'autoriser ou non sa femme à exercer telle ou telle profession. Cette autorisation peut être expresse ou tacite, mais, si le mari la refuse, l'autorisation de justice doit la suppléer.

Cette remarque préliminaire étant faite, nous constaterons tout d'abord qu'aucune distinction ne doit être faite dans l'application de la loi entre les femmes qui travaillent : fonctionnaires, ouvrières, employées, artistes, commerçantes, femmes de lettres, pas plus qu'il n'y a lieu de tenir compte de la qualification des produits du travail : honoraires, gages, salaires, traitements, indemnités d'accidents de travail, etc. Seules, sont exclues du patrimoine, les économies réalisées sur le travail commun des époux — les immeubles et les meubles corporels ou incorporels que la femme ne justifie pas avoir entièrement acquis à l'aide des ressources fournies par son travail.

Quels sont les droits de la femme sur ce patrimoine séparé qu'elle a ainsi la faculté de se constituer ?

Le législateur a répondu dans l'art. 1^{er}, § 1 : « Les mêmes droits d'administration que l'article 1449 du code civil donne à la femme séparée de biens. » C'est là, du seuil de la loi, une erreur du législateur.

Quels sont, en effets, les droits qui lui sont concédés par ce texte ?

D'abord, la libre administration et ensuite la faculté de disposer de son mobilier. Mais là s'arrêtent les pouvoirs de la femme et le dernier paragraphe précise que la femme ne peut aliéner ces immeubles sans le consentement de son mari ou, à défaut, l'autorisation de justice.

Or, la femme peut seule faire emploi de ses biens réservés en acquisition de valeurs mobilières ou immobilières, et aliéner, à titre onéreux, les biens ainsi acquis (art. 1^{er}, al. 2 et 3).

Par voie de conséquence, elle peut les hypothéquer, les grever de droits réels, transiger et compromettre à leur sujet, mais il ne lui est pas loisible de les aliéner à titre gratuit, même pour l'établissement d'un enfant commun (1).

Comme autre conséquence de ses droits de disposition, la femme a, en outre, le droit de s'obliger sur ses biens réservés dans l'intérêt général du mari. Enfin l'article 6 lui donne « le pouvoir d'ester en justice sans autorisation dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la loi », et c'est là l'innovation qui motive cette étude.

Les pouvoirs de la femme sur ses biens réservés sont donc beaucoup plus considérables que ceux de la femme séparée de biens et le rapporteur de la loi, M. Maurice Violette, dut le reconnaître : « La contradiction avec le paragraphe 3 de l'article ci-dessus est évidente, dit-il dans son rapport, et il est donc bien entendu que c'est par suite d'une simple erreur que l'art. 1^{er} renvoie à l'art. 144.) en bloc et non pas uniquement à ses deux premiers paragraphes. » (2).

Cependant, bien que le législateur ait reconnu son erreur, il s'est trouvé un tribunal qui s'est laissé influencer par les termes mêmes employés par la loi et dont récemment la Cour de Douai (3) réformait le jugement. Un commerçant

(1) Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade, t. III, n° 2226, XIII.

(2) Rapport de M. le député Violette, D. P. 1907.4.149.

(3) Cour de Douai, 13 mars 1912. *Gaz. Trib.*, 5 mai 1912. Voir *Revue trimestrielle de droit civil*, 1912, p. 721.

ayant été mis en liquidation judiciaire, sa femme, qui exerçait un commerce distinct, demandait la séparation des biens. Le tribunal avait repoussé cette demande en considérant que la femme, bénéficiant du régime des biens réservés, était sans intérêt pour provoquer cette mesure. La Cour redressa cette notion erronée et prononça la séparation des biens.

Enfin, il nous semble utile de signaler le caractère d'ordre public que le Parlement a donné à cette loi. La Chambre des Députés se rendit compte facilement que le texte qu'elle allait voter portait atteinte au principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et, pour pallier cet inconvénient, elle permit de renoncer, dans le contrat de mariage, au bénéfice des dispositions de la loi. Mais le Sénat, plaçant plus haut la liberté de l'individu que l'immutabilité des conventions matrimoniales, frappa, dans l'art. 1^{er}, de nullité toute clause contraire portée au contrat de mariage.

Après cette étude sommaire de l'économie générale de la loi, examinons-la au point de vue particulier qui nous occupe.

« La femme pourra ester en justice, sans autorisation, dans toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus en justice par la présente loi. » Ainsi parle l'article 6.

Ce texte est très général et permet à la femme d'intenter toutes actions mobilières et immobilières, possessoires et pétitoires, sans l'autorisation de son mari ; c'est une conséquence des pouvoirs très étendus accordés à la femme sur ses biens réservés. Mais c'est aussi une innovation très

remarquable, car, jusqu'ici, la capacité la plus étendue de la femme mariée — sauf de la femme séparée de corps — n'entraînait pas la faculté d'ester en justice.

Désormais la femme peut donc, sans autorisation de son mari, ni de justice, plaider devant toutes les juridictions, soit en demandant, soit en défendant, à la condition de prouver que le litige intéresse directement des droits sur les biens réservés. Néanmoins, il appartient au mari ou aux tiers de démontrer, le cas échéant, que cette action excède les dispositions de l'art. 6 et, s'ils font cette preuve, l'action de la femme sera repoussée comme ayant été introduite sans autorisation préalable.

Par contre, elle a la faculté, aux termes du droit commun, de repousser l'action du tiers qui n'aurait pas mis en cause le mari, en prouvant qu'il ne s'agit pas de ses biens réservés et que, dès lors, elle ne pouvait être assignée seule à comparaître.

Supposons, maintenant, que le litige, intéressant exclusivement les biens réservés, le mari ait, par erreur, été assigné en même temps que sa femme; il aura la faculté de demander sa mise hors de cause pour éviter l'éventualité d'une condamnation qui, le frappant conjointement avec sa femme, pourrait être exécutée sur ses biens personnels et sur ceux de la communauté.

Le droit, pour la femme, de défendre seule aux actions dirigées contre elle à l'occasion de ses biens réservés a été affirmé notamment par un jugement du tribunal civil de Bordeaux (1), du 9 novembre 1908, déjà cité à propos de la

(1) Trib. civil de Bordeaux. D. P. 1909.5.18.

femme commerçante, qui, faisant une juste application de l'art. 6, a décidé que si la femme mariée demanderesse à l'occasion de ses biens réservés est dispensée de l'autorisation maritale d'ester en justice, ceux qui veulent élever contre ces biens quelques contestations ne sont pas non plus tenus de mettre en cause son mari.

Comme conséquence de ce droit d'ester en justice ainsi concédé à la femme, il faut lui reconnaître, pour l'administration des biens réservés, le droit d'acquiescer, de se désister, de produire à un ordre ou à une distribution par contribution, et même transiger ou de compromettre relativement aux mêmes droits (1).

Une des applications les plus intéressantes de cette faculté d'ester en justice sans autorisation a été faite dans la jurisprudence des accidents de travail. Il a été en effet décidé que la femme mariée victime d'un accident de travail n'avait pas besoin d'être autorisée de son mari pour réclamer l'indemnité résultant d'une incapacité temporaire et même la rente annuelle et viagère, conséquence d'une incapacité permanente. Ces indemnités viennent, en effet, en remplacement ou en complément du salaire et sont assimilées aux produits du travail.

Par contre, l'art. 6 de la loi du 13 juillet 1907 ne serait pas applicable s'il s'agissait d'actionner un tiers en responsabilité de l'accident, comme le permet la loi du 22 mars 1902 sur les accidents de travail.

(1) Dans ce sens, Lalou, droits de la femme mariée sur les produits de son travail, n° 39.

Il nous paraît intéressant de reproduire ici quelques extraits d'un jugement du tribunal de la Seine (1) du 26 mars 1908. « Attendu, dit cette décision, que la loi du 13 juillet 1907 accorde à la femme mariée une indépendance absolue en ce qui concerne le contrat de travail, qu'elle peut être appelée à passer, et l'administration des gains et économies résultant de ce travail, ainsi que le libre exercice des actions personnelles qui en dérivent ; qu'il résulte en effet, tant de l'esprit que du texte même de la loi précitée, que le législateur a entendu créer pour la femme mariée un pécule alimenté par le produit de son travail ; qu'il lui en a donné l'administration et la disposition, l'autorisant en outre à ester en justice dans toutes les contestations y relatives. . . . Attendu que la femme victime d'un accident de travail peut avoir droit à une indemnité de demi-salaire jusqu'à la consolidation de la blessure, qu'il n'est pas contestable que cette indemnité fait partie du pécule de la femme puisqu'elle est la représentation même d'une partie de son salaire. . . . Attendu qu'on objecterait vainement qu'en matière d'accident du travail, la responsabilité d'un tiers peut être engagée et que la femme peut être amenée à réclamer en justice quelque chose qui ne sera pas la représentation de son salaire ; que dans ce cas, en effet, il ne s'agira plus d'une instance sur un accident de travail, mais d'une procédure qui sera tout à fait indépendante et qui pourra ne pas rentrer dans les prévisions de la loi du 13 juillet 1907 ».

(1) Tribunal civ. de la Seine, D. P. 1909.2.21

Il semble superflu d'ajouter, après ce que nous venons de dire, que pour comparaître en conciliation devant le président du tribunal, au début de la procédure instituée par la loi du 9 avril 1898, l'assistance du mari sera inutile.

Trois dispositions de la loi nous semblent mériter une étude particulière : ce sont l'article 2 qui vise le cas du retrait des pouvoirs de la femme prononcé à la requête du mari ; l'article 3 qui règle les droits des créanciers sur les biens réservés, et enfin l'article 7 qui permet à chacun des époux de faire saisir-arrêter les salaires de l'autre pour assurer ainsi sa contribution aux frais du ménage.

Nous examinerons d'abord les deux dernières hypothèses.

L'article 3 de la loi du 13 juillet 1907 a introduit une importante innovation dans notre droit. Sous l'empire du code civil, les créanciers de la femme, en vertu d'un acte n'ayant pas date certaine antérieure au mariage, ne pouvaient poursuivre contre elle le recouvrement de leur créance que sur la nue propriété de ses immeubles personnels. C'était en rendre le remboursement quasi impossible dans beaucoup de cas. Dès lors qu'aucun fait personnel ne pouvait être reproché au mari, il était inutile d'espérer recouvrer le montant des condamnations prononcées. Tout au plus, comme nous l'avons d'ailleurs établi, avait-on la faculté de recouvrer les frais exposés lorsque le mari avait autorisé la femme à ester en justice. La situation n'est plus la même désormais. Les biens réservés à l'administration de la femme pourront être saisis par ses créanciers et ils pourront l'être aussi par les créanciers du mari qui ont contracté avec lui dans l'intérêt du ménage.

Les créances qui n'avaient pas date certaine avant le mariage, les condamnations prononcées contre la femme seule pourront donc être désormais recouvrées. Sans doute, les économies de la femme, en raison de leur modicité, prendront le plus souvent la forme mobilière, mais ses salaires constitueront le gage des créanciers. Il est vrai que seul le dixième en sera saisissable, mais la saisie-arrêt est humiliante pour celui qui la subit, elle met au courant le patron et ses employés des affaires du saisi ; enfin, beaucoup d'administrations qui, sur ce point, se montrent peut-être un peu trop strictes dans l'exercice de leurs droits, se refusent à conserver les employés dont les traitements sont saisis-arrêtés en raison des complications de comptabilité qu'occasionnent les oppositions. Aussi, le plus souvent, la femme s'efforcera-t-elle d'éviter la saisie-arrêt. Il convient d'ajouter que seuls, les biens réservés seront ainsi le gage des créanciers de la femme, l'article 3 *in fine* le précise très nettement : « Le mari n'est responsable, ni sur les biens ordinaires de la communauté, ni sur les siens, des dettes et obligations contractées autrement que dans l'intérêt du ménage, même lorsqu'elle a agi dans la limite des droits que lui concède l'article 1^{er}, mais sans autorisation matrimoniale ».

Le même texte indique encore que les créanciers du mari qui ont traité avec lui dans l'intérêt du ménage, pourront, eux aussi, saisir les biens réservés, qui, antérieurement à la présente loi, auraient dû, suivant le régime adopté, se trouver entre les mains du mari,

Il nous semble difficile d'élever la moindre réserve contre cette innovation de la loi qui préservera les tiers contre la

mauvaise foi de la femme qui trouvait, dans certains cas, une impunité quelque peu scandaleuse. Il paraît superflu d'ajouter que dans toutes les entreprises que les créanciers dirigeront contre son patrimoine réservé la femme pourra ester seule en justice.

Il en sera de même dans le cas prévu par l'article 7 qui sanctionne l'obligation, pour chacun des époux, de contribuer aux charges du ménage en permettant à l'un des conjoints d'obtenir, du juge de paix du domicile du mari, l'autorisation de saisir-arrêter et de toucher des salaires ou du produit du travail de l'autre conjoint une part en proportion de ses besoins.

Cet article, c'est l'opinion notamment de M. Jean Sourdois (1), — et elle semble confirmée par le titre même donné à la loi : *loi relative au libre salaire de la femme mariée et à la contribution des époux aux charges du ménage*, — cet article ne s'applique pas seulement aux femmes qui exercent une profession, mais peut être invoqué par toutes les femmes mariées.

A ce sujet, une question s'est posée qui a reçu de la jurisprudence, en l'espèce le tribunal de Boulogne-sur-Mer, statuant comme juridiction d'appel de justice de paix, une solution qui nous paraît avoir été critiquée à juste titre (2). Une femme mariée, séparée de fait de son mari, peut-elle saisir-arrêter les salaires de son mari ? Le tribunal civil de Boulogne a estimé la cohabitation néces-

(1) Jean Sourdois, *Revue trimestrielle de droit civil*, 1907, p. 579.

(2) Tribunal civil de Boulogne-sur-Mer, 5 mars 1908; D. P. 1909.2.20 et surtout la très intéressante note sous ce jugement publiée par M. Lalou.

saire, se basant surtout sur ce que le texte de la loi parle « des charges du ménage ». M. Lalou répond avec assez de justesse, semble-t-il, que nos lois et les auteurs emploient assez indistinctement l'une ou l'autre expression : ménage ou mariage. Nous ajouterons, quant à nous, dans le même sens que le texte semble bien avoir prévu le cas de domicile séparé puisqu'il parle du juge de paix du domicile du mari et non du domicile des époux, comme il le fait dans l'article 2. Au surplus, le cas ne nous semble pas devoir se présenter très souvent dans la pratique, car lorsque les époux ne cohabiteront pas et se saisiront mutuellement leurs salaires, une séparation de corps ou un divorce ne tarderont pas à intervenir et la femme pourra saisir-arrêter en vertu de l'ordonnance présidentielle statuant sur les mesures provisoires.

Il nous paraît utile de faire remarquer ici que bien qu'il ne s'agisse pas nécessairement de biens réservés — nous avons estimé plus haut que toute femme mariée, même sans profession, bénéficiait de l'article 7 — la femme mariée n'aura pas besoin d'autorisation d'ester en justice. L'article 6 parle, en effet, de « toutes les contestations relatives aux droits qui lui sont reconnus par la présente loi », donc le droit de saisir arrêter pour la contribution aux charges du ménage.

Examinons enfin un dernier cas où la femme mariée pourra encore ester en justice sans autorisation, c'est le cas prévu par l'art. 2, où le mari estimant qu'elle abuse des pouvoirs que lui a conférés la loi, soit qu'elle dissipe, gère mal ou commette des imprudences dans sa gestion, peut en faire prononcer le retrait, soit partiel, soit total. Il s'adres-

sera alors au tribunal civil de son domicile qui statuera en chambre du conseil en présence de la femme, ou elle dûment appelée. En cas d'urgence, le président du tribunal statuant en référé pourra lui donner l'autorisation de s'opposer aux actes que la femme se propose de passer avec un tiers.

Ce retrait partiel viendra nécessairement restreindre la capacité de la femme qui, dans la mesure où la restriction aura été opérée, ne pourra plus exercer seule les actions tendant à la conservation de ses droits.

Mais la décision du tribunal n'a pas un caractère définitif et lorsque le mari aura estimé qu'elle peut être rapportée la femme retrouvera sa pleine capacité.

Nous formulerons au sujet de cet article deux regrets : le premier, que la loi n'ait pas prévu le cas où la femme étant revenue à une plus saine appréciation, le mari se refuse néanmoins à solliciter le rapport du retrait qu'il a sollicité ; le second, plus grave, que la loi n'ait assujéti les décisions de cette nature — retrait ou rapport de retrait qui modifient la capacité de la femme mariée, — à aucune publicité (1). Nous estimons que les intérêts des tiers se trouvent ainsi en danger.

Ce serait, il nous semble, sortir du cadre de cette étude que donner à cette loi une appréciation critique étendue, il nous paraît cependant convenable de dire un mot des conséquences générales qu'elle entraîne.

Lors de son application, M. Planiol estimait que la nou-

(1) Voir sur ce point Baudry-Lacantinerie et Houques-Fourcade : *Des personnes*, t. III, p. 755.

velle loi « bouleversait profondément tous les principes de notre droit matrimonial (1). Et de fait elle semble être un acheminement vers la séparation de biens, régime de droit commun, comme en Allemagne. Beaucoup le regretteront, mais c'est là une conséquence de l'esprit égalitaire qui, à notre gré, domine souvent trop exclusivement notre système législatif. Pour remédier aux excès qui, dans des cas trop nombreux certes, mettaient la femme laborieuse à la merci d'un mari ivrogne ou débauché, on a supprimé pour toutes les femmes qui travaillent les règles du régime de communauté au moins partiellement. On a fait une règle générale en faveur de cas exceptionnels. Mais il faut reconnaître que sur bien des points la loi nouvelle mettra plus d'équité dans les mœurs. Aussi tout en souhaitant une réforme qui enlèverait à la loi le caractère trop général qui lui a été donné, estimons-nous très désirable qu'on maintienne la plupart des principes qu'elle a posés.

VU :

Le Président,

M. PLANIOL.

VU :

Le Doyen,

P. CAUWÈS.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,

Pour le Vice-Recteur,

ISTRIA.

(1) Planiol : *Traité de droit civil*, tome 1, 5^e édit. n° 948.

BIBLIOGRAPHIE

- AUBRY ET RAU. — Cours de droit civil français. — Le mariage et le contrat de mariage. — Tome v.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET HOUQUES-FOURCADE. — Traité théorique et pratique de droit civil. — *Des personnes*. — Tome III. — Paris 1906.
- BAUDRY-LACANTINERIE ET LE COURTOIS ET SURVILLE. — Traité théorique et pratique de droit civil. — *Du contrat de mariage*. — Tome I, II et III. — Paris 1908.
- BEUDANT. — Cours de droit civil.
- CARPENTIER ET FRÈRE-JOUAN DU SAINT. — Répertoire général alphabétique du Droit Français.
- CARRÉ. — Loi de la procédure civile, III.
- CHARDON. — Puissance maritale.
- DALLOZ. — Code civil annoté. — V^e mariage et contrat de mariage.
- DELVINCOURT. — Cours de code civil, II.
- DEMOLOMBE. — Traité du mariage et de la séparation de corps.
- DESCHAMPS. — La femme mariée commerçante et la loi du 13 juillet 1907. — Thèse Paris 1909.
- DIANU. — Les biens réservés de la femme mariée. — Thèse Paris 1913.

DIMISTRICU. — De l'autorisation de justice accordée à la femme mariée. — Thèse Paris 1896.

DURANTON. — Cours de droit civil français. — Tome II.

DURET. — De l'autorisation de justice accordée à la femme mariée. — Thèse Paris 1908.

FRÉMENVILLE (DE). — De la minorité, II.

GIDE (Paul). — Etude sur la condition privée de la femme. — 2^e Ed. Paris 1885.

GINOULHIAC. — Histoire du régime dotal et de la communauté en France. — Paris 1842.

GLASSON. — Le mariage civil et le divorce. — Paris 1880.

HUC. — Commentaire théorique et pratique du code civil.

ISAMBERT. — Notion juridique et effets de l'autorisation maritale sous le régime de communauté. — Thèse Poitiers 1896.

GUILLOUARD. — Du contrat de mariage.

JOSSERAND. — Revue trimestrielle de droit civil 1906.

LALOU. — Droits de la femme mariée sur les produits de son travail.

LAURENT. — Principes de droit civil.

LEFÈVRE. — Histoire du droit matrimonial français.

LEMIERRE. — De l'autorisation de la femme mariée par justice en droit français. — Thèse Paris 1899.

LOCRE. — Législation civile tome XXIII.

MARCADÉ ET PONT. — Explication théorique et pratique du code Napoléon.

MARCOU. — Autorisation maritale au XIII^e siècle comparée à celle du code. — Thèse Paris 1899.

MERLIN. — Rep. v^o autorisation maritale. — Section II.

- MORIZOT-THIBAUT. — De l'autorité maritale.
- PANDECTES FRANÇAISES. — Répertoire. — V^o mariage et contrat de mariage.
- PLANIOL. — Traité élémentaire de droit civil. — Tome I et tome III.
- POTHIER. — Traité du contrat de mariage et de la puissance maritale.
- SIRANY. — Etude sur les origines et les caractères de l'autorisation maritale dans l'histoire du droit français. — Thèse Paris 1901.
- SOURDOIS. — La loi du 13 juillet 1907. — Revue trimestrielle du droit civil 1907.
- TAMBOUR. — Revue critique 1868, xxxii.
- TAULIER. — Théorie raisonnée du code civil.
- TISSIER. — Des modifications à apporter aux droits et pouvoirs de la femme mariée quant aux biens et aux produits du travail et de l'industrie. — Bulletin de la Société d'études législatives 1901-02.
- TOULLIER. — Droit civil français suivant l'ordre du code xi.
- VAZEILLE. — Traité du mariage, de la puissance maritale et de la puissance paternelle, II.
- VIAUD. — De la puissance maritale.
- VIGIÉ. — Cours élémentaire du droit civil français.
-

TABLE DES MATIÈRES

	PAGES
INTRODUCTION	5
CHAPITRE Ier. — Evolution historique de l'autorisation maritale	14
SECTION I. — L'autorisation maritale du XIII ^e siècle au XV ^e siècle	14
SECTION II. — L'autorisation maritale après le XV ^e si- cle	24
SECTION III. — Droit intermédiaire	33
SECTION IV. — Conception du code civil	36
CHAPITRE II. — Le principe de l'autorisation maritale. Ses diverses applications	39
SECTION I ^{re} . — Etude du principe de l'autorisation ma- ritale	39
SECTION II. — Application de l'article 215	42
A. — Régime adopté	42
B. — Juridictions saisies	43
§ 1 ^{er} . — Tribunaux civils	43
a) Juridiction de 1 ^{re} instance	44
b) Juridiction d'appel	53
c) Voies exceptionnelles de recours	56
d) Exceptions à la nécessité de l'autorisa- tion maritale devant les tribunaux civils	57
§ 2. — Tribunaux répressifs	63
§ 3. — Tribunaux de commerce	68
§ 4. — Tribunaux administratifs	68

SECTION III. — Formes de l'autorisation maritale	71
§ 1 ^{er} . — Personnes qui peuvent demander l'autorisation	74
a) Femme demanderesse	74
b) Femme défenderesse	76
§ 2. — A quel moment l'autorisation doit être donnée	77
a) Femme demanderesse	78
b) Femme défenderesse	79
§ 3. — Dans quelle forme l'autorisation doit être donnée	79
a) Consentement exprès	80
b) Consentement tacite	81
SECTION IV. — De la spécialité de l'autorisation maritale	82
SECTION V. — Révocation de l'autorisation	86
SECTION VI. — Caractère d'ordre public de l'autorisation maritale	91
CHAPITRE III. — Autorisation de justice	93
SECTION I ^{re} . — Refus d'autorisation du mari	94
SECTION II. — Impossibilité du mari d'accorder à la femme son autorisation	95
A. — Empêchement de fait	95
B. — Empêchement de droit	97
a) Minorité du mari	97
b) Interdiction du mari	100
c) Dation du mari d'un conseil judiciaire	105
d) Condamnation du mari à une peine afflictive et infamante	107
SECTION III. — Formes de l'autorisation de justice	111
1 ^{re} hypothèse. — Autorisation de justice demandée par la femme elle-même	111

a) Refus du mari.....	111
b) Cas du mari absent ou incapable	117
Appel du jugement.....	118
2 ^e hypothèse. — Femme défenderesse ne sollicitant pas elle-même l'autorisation d'ester en justice.....	121
SECTION IV. — Epoque à laquelle doit intervenir l'autorisation de justice	124
CHAPITRE IV. — Effets de l'autorisation et du défaut d'autorisation.....	127
SECTION I ^{re} . — Effets de l'autorisation.....	127
§ 1 ^{er} . — Effets de l'autorisation vis-à-vis de la femme.....	127
§ 2. — Effets de l'autorisation vis-à-vis du mari... ..	134
SECTION II. — Effets du défaut d'autorisation	137
§ 1 ^{er} . — Actes judiciaires	142
1 ^{re} hypothèse. — L'affaire n'est pas terminée..	142
2 ^e hypothèse. — L'affaire est terminée et il est intervenu un jugement... ..	146
CHAPITRE V. — Particularités relatives à l'exercice des actions judiciaires appartenant à la femme suivant le régime adopté.....	150
SECTION I ^{re} . — Régime de communauté légale.....	150
SECTION II. — Régime exclusif de communauté.....	159
SECTION III. — Régime de séparation de biens.....	160
SECTION IV. — Régime dotal.....	165
APPENDICE I. — Femme commerçante.....	179
APPENDICE II. — Biens réservés.....	187
BIBLIOGRAPHIE	201

